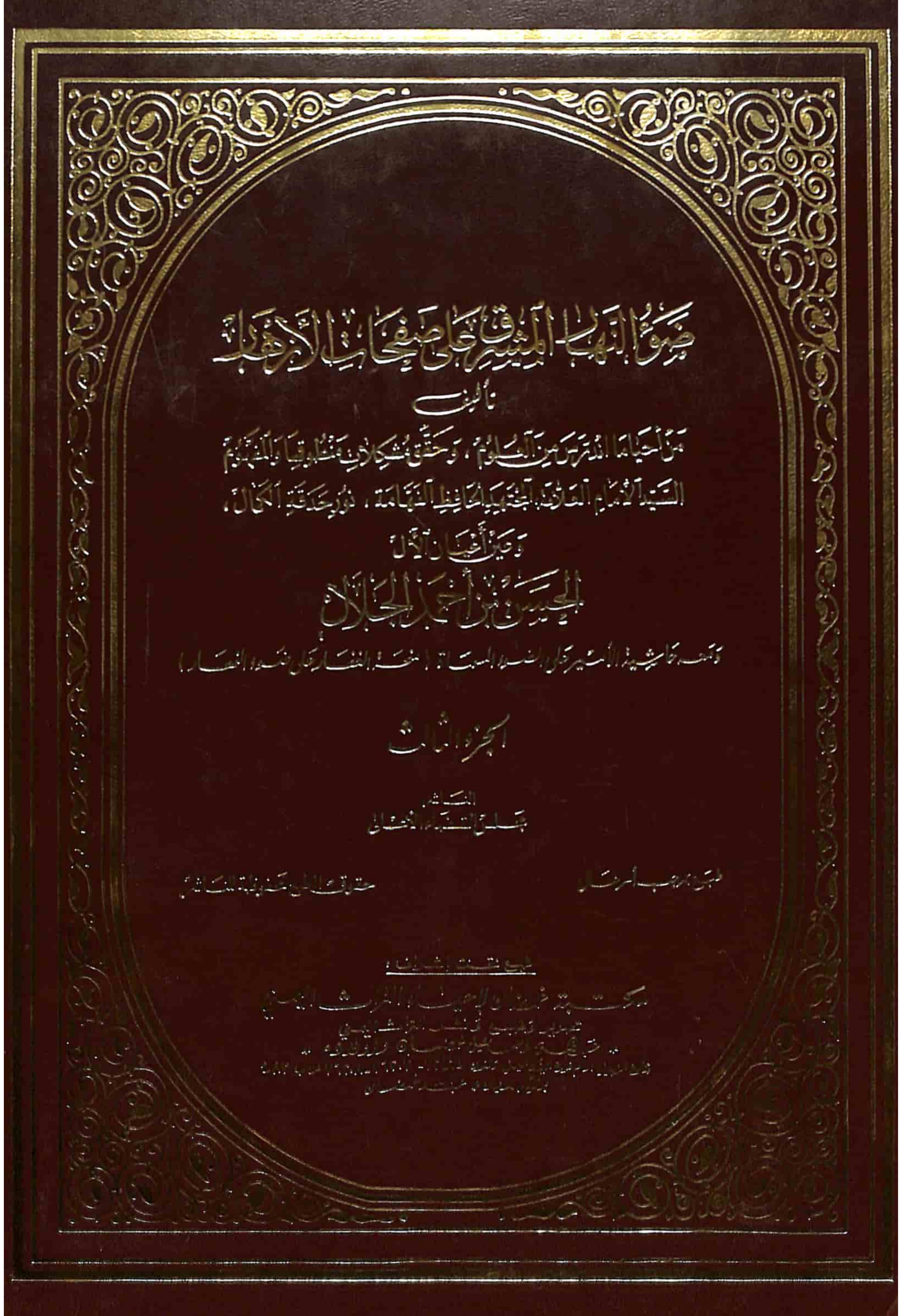
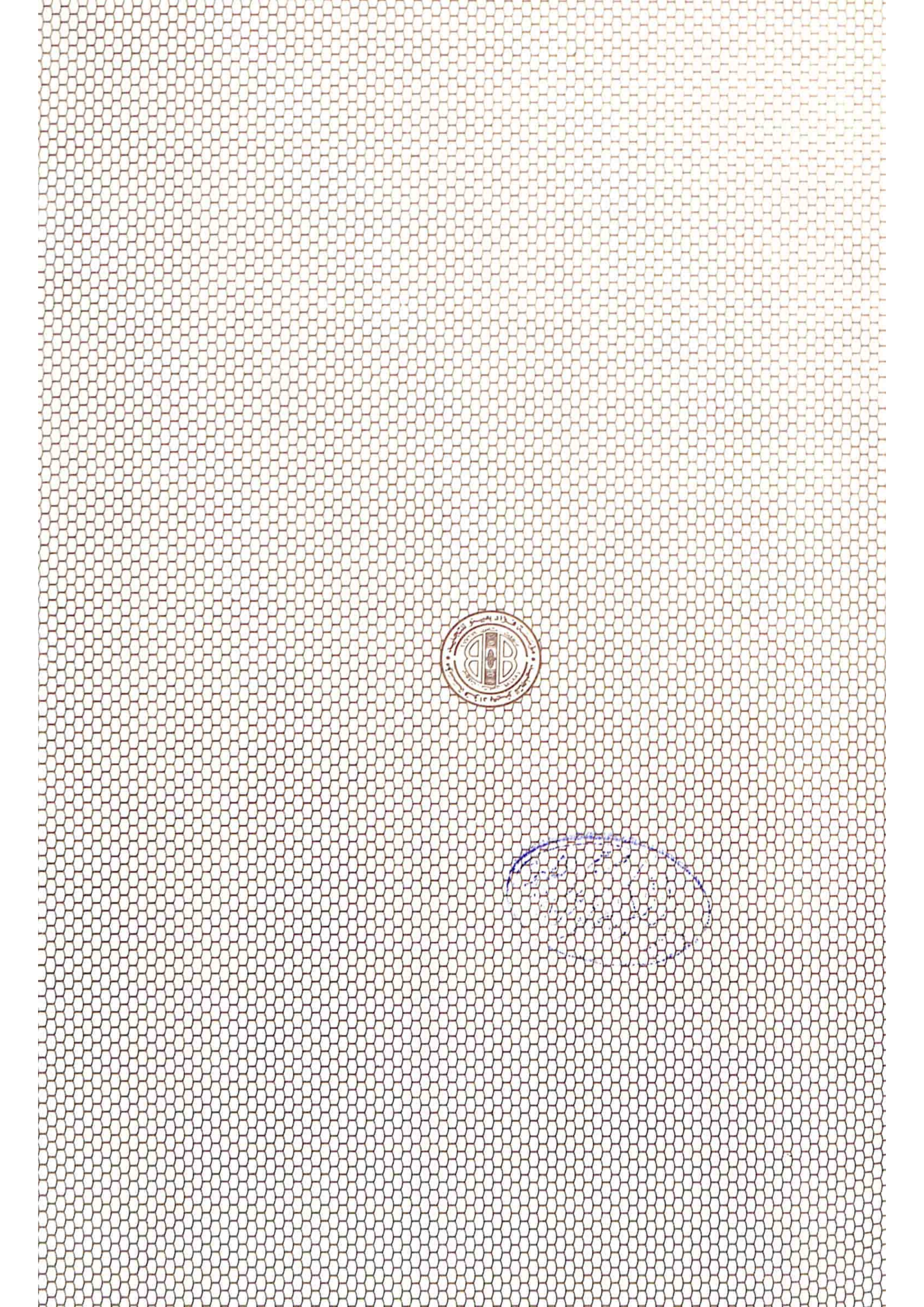

ضوء النهار المشرق على صفحات الأزهار
تأليف
من أحيا ما اندرس من العلوم، وحقق مشكلات منطوقها والمفهوم
السيد الإمام العلامة المجتهد الحافظ الفهامة، نور حدقة الكمال،
وعين أعيان الآل
الحسن بن أحمد الجلال
وبهامشه حاشية الأمير على ضوء النهار المسماة (منحة الغفار على ضوء النهار)
الجزء الثالث
الناشر
حقوق الطبع محفوظة للناشر





ضوء النهار المشرق على صفحات الأزهار

تأليف

من أحيا ما اندرس من العلوم ، وحقق مشكلات منطوقها والمفهوم

السيد الإمام العلامة، المجتهد الحافظ الفهامة ، نور حدقة الكمال ،

وعين أعيان الآل

الحسن بن أحمد الجلال

ومعه حاشية الأمير على الضوء المسماة (منحة الغفار على ضوء النهار)



الجزء الثالث

الناشر
مجلس القضاء الأعلى

طبع بموجب أمر عال

طبع تحت إشراف :
مكتبة غمضان لإحياء التراث اليمني
تصوير وطبع ونشر التراث اليمني
* عبده اسماعيل غمضان واولاده *
شارع الزبيري امام فرع البنك اليمني تلفون ٧٢٤٦٥-٧٦٢٠٧-٧٦٢٠٨ ص ب ٤٨٣
برقياً / الايمان / عبدالله غمضان

تنبيـه

أريد بهذا التنبيه أن أسبق الناقد من القراء والمطلعين الذي قد يجد بعض الأخطاء المطبعية، فأقول: إن الأخطاء المطبعية قد لا يخلو منها كتاب، ومع أني قد بذلت الكثير من الجهد وتحملت مشقة الاغتراب وتكاليفه لعدة أشهر، واستعنت بمصححين لهم كامل المعرفة والتجربة في مجال التصحيح إلا أنها قد توجد بعض الأخطاء.

فإلى الذين لا يعملون ويؤذيهم أن يعمل الآخرون أوجه هذا التنبيه المعتذر، وعليهم أن ينزلوا إلى ميدان العمل ويتركوا القعود على كراسي الناقدين وأن يعملوا ولو قليلا ليعرفوا ما يجابه الناشر من المشاكل المادية والمعنوية والفنية، والله من وراء القصد.

١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٤ م.

المشرف على الطبع

الطبعة الأولى

١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م

باب

﴿وعلى واهب(١*) الأمة وبايعها مطلقاً(٢*)﴾ أي من أراد هبتها وبيعها وهذا الباب دخيل في النكاح لأن محله باب العدة من كتاب الطلاق كما لا يخفى ، فمن باع الأمة أووهبها فعليه ﴿استبرآ﴾ (٣*) رجمها وأراد بقوله ﴿ مطلقا ﴾ الاشارة الى عدم الفرق بين كون البايع ونحوه رجلاً(٤*)أو أمره وبين كون المبيعة بكراً أم ثيباً صالحة للوط أو غير صالحة ، وقال زيد والمويد والامام يحي والشافعي وغيرهم لايجب لعدم الدليل ، قلنا قياس (١) الهبة والبيع على الطلاق حيث لاتنكح الا بعد عدة ، قالوا قياس متهافت للفرق من وجوه منها أن العدة انما تكون بعد الطلاق وهذا قبل البيع ونحوه واما الاستبرا (٢) للمطلقة قبل الطلاق ليكون الطلاق للسنه فذلك مختص بالحايض المدخولة ولهذا قيل انما يصح القياس على الحايض الموطوة

باب وعلى واهب الامة .

(١) **قوله** : قلنا قياس الهبة . . . الخ ، اقول والجامع انه مالك للوط فلا يملكه غيره الا بعد استبراء وفي الغيث كما انه يلزم الاستبرا للاستباحة كذلك يلزم للاباحة ولا شك ان الدليل كما ذكره الشارح وان البايع ونحوه ليس عليه استبرا وصاحب المنار اختار مذهب ابي حنيفة انه يستحب للبايع ونحوه الاستبرا لا انه يجب والظاهر ان لا دليل على الاستحباب ايضاً .

(٢) **قوله** : وأما الاستبرا للمطلقة . . . الخ ، اقول جـ دفع لما يرد على قوله ان العدة انما تكون بعد الطلاق من النقض باستبرا الزوج من يريد طلاقها قبل الطلاق بحيضة ليطلقها في ظهر لا وط فيه ليكون طلاقه سبباً كما يأتي ووجه الدفع ان شرعية استبرا الزوجة لطلاقها قبله خاص بالحايض المدخولة وانتم اقستم مطلق الهبة والبيع على الطلاق فلا يرد النقض بالمستبراه للطلاق ولاجل انه لم يتم لكم القياس على عدة المطلقة قيل الاولى لكم ان تقيسوا ايجاب الاستبرا على الواهب والبايع على استبرا من يُراد طلاقها لانه استبرا قبل الطلاق كما ان هذا استبرا قبل البيع هذا مراده .

. . . .

(١*) **لفظ الاثمار** وعلى مملك الامة او بعضها ليدخل البيع والهبة والنذر ونحوه ان كان بغير شرط لانه اذا نذر بها نذرا مشروطا فهو لا يتم الا بعد الشرط فلهذا لم يجب الاستبرا للتعليق . عن شرح فتح .

(٢*) **في الاثمار غالبا** : احتراز من تمليك ذي الرحم المحرم لان التمليك هنا كالعتق وهو لا يجب به اتفاقا كالمزوجة ونحوها .

(٣*) **لفظ الازهار** : مطلقا استبرا . . . الخ ، فقدم الشارح واخر .

(٤*) **بالغا ام لا** تمت.

المستبراه ليكون الطلاق سنيا ومنها أن [١] احكام الملك والنكـاح متفاوته والالزم أن لايصح ملك الاختين كما لايصح نكاحهما وغير ذلك .

ومنها أن [٢] العدة انما تجب على المـرأة لا على الزوج ومنها أن العدة انما هي على الزوجة [٣] الممسوسة فقد تعد الفرع حكم الاصل ومنها ان حكم الفرع يجب أن يساوي حكم الاصل فلا وجه لتخصيص ﴿ **غير الحامل والمزوجة[*١] والمعتدة[*٢]** ﴾ بوجوب لان الطلاق موجب للعدة على المذكـورات وأما توهم كون علة انتفا وجوب ستبرا استبرا الثلاث هي كون البايع لايطاهن للمانع الحكمي من الوط فمستلزم [٤] عدم وجوب استـبرا أصول الموطوة وفصولها لذلك .

وعدم [٥] استـبرا البايعة للمانع الحسي وتوهم بعضهم أن المانع عن الاستـبرا - في

---

(١) **قوله** : ومنها ان احكام الملك . . الخ ، اقول : فلا يصح قياس احدهما على الآخر ولقايل ان يقول التفاوت في احكـام للفرع يختص بها او للاصل لأدلـة قامت على ذلك الاختصاص لا ينافي الحاق احدهما بالآخر في بعض الاحكام انما ينفي القياس وجود الفارق بالنظر الى الحكم الملحق به وقد قدمنا نحو هذا في صلاة الجماعة في اول كلام على عدالة الامام .

(٢) **قوله** : ان العدة انما تجب على المرأة ، اقول : يقال الواجب على الزوج الامتناع عن البيع والعدة واجبه على الامة هذا لو قام دليل ايجاب العدة هنا لكنه لا دليل عليه .

(٣) **قوله** : على الزوجة الممسوسة ، اقول : فلا تدخل المخلو بها مع ان عليها العدة فكـانه اراد بالمس ما يشمل الخلوة مجازاً .

(٤) **قوله** : فمستلزم عدم . . . الخ ، اقول : كأن يريـد بيع ام موطوته او بنتها فانه لا يـطاهما البايع للتحريم شرعاً وقد اطلقوا المنع ولم يستثنوا إلا الثلاث المذكورات ولا يخفي أن الأولى ان يقول للمانع الشرعي .

(٥) **قوله** : وعدم استـبرا البايعة ، اقول : عطف على قوله عدم مستلزم وجوب استـبرا اصول الموطؤه اي ومستلزم عدم وجوب استـبرا البايعة لمملوكتها اذا كانت حاملاً لانها اما ان تكون ام ولد فهي لا تباع او تكون مزوجة او معتدة والعلة وهي وط البايع منتفية هنا عقلا وان كانت حاملة من زنا فلا مانع عن تزويجها وانما يحرم وطأها حتى تضع ما في بطنها قلت وغير الحامل ايضاً لا يجب استـبرا البايعة لها لوجود العلة وهي كون البايع لا يطأها .

. . . .

(*١) قوله والمزوجة اي المدخولة ذكر الامام شرف الدين . لان العده تغني عن الاستـبرا .

(*٢) من زوج غير سيدها وأما من سيدها كان يشتريها بعد أن كان مزوجاً بها فأنه ينفسخ النكاح فيجب أن يستبريها بحيضة إذا أراد بيعها لأنه يجوز له الوط.

الثلاث عدم صحة تزويجهن وهو غلط [(١)] في الحامل لان حملها ان كان عن وطء حلال فهي اما أم ولد أو مزوجة أو معتدة وان كانت حاملة من زنا فلا يمتنع تزويجها وبهذا يعلم ان لاحاجة [(٢)] الى ذكر الحامل على ان انتفاء صحة [(٣)] التزويج لايناسب انتفا وجوب الاستبرا فلا يصلح علة مستنبطة له ولا هي منصوصة فأطراف هذا الكلام بمحل من عدم الانتظام ولهذا نسب الهادي[(١*)] عليه السلام في ايجاب الاستبرا على البايع ونحوه الى مخالفة الاجماع على عدم الوجوب ، واما قول [(٤)] المصنف انه لافائدة في استبرائهن فمبنى على ان العلة هي تحقيق المئنة أعني الوط وهو عود على ايجاب استبرا غير الموطوة بالنقض [(٥)] ومستلزم ان لاتجب العدة بمجرد الخلوة لانها ليست بمئنة وانما هي مظنة ، واما مدة الاستبرا فاستبرا ﴿ **الحايض بحيضه غير ما** ﴾ أي غير حيضه ﴿ **عزم** ﴾ المالك على بيعها وهي ﴿ **فيها** ﴾ وقال الناصر[(٢*)] تكفي المشتري ايضا فضلا عن البايع وهذا هو الحق لان علة ايجاب الاستبرا عدم تحقق برأة الرحم وبالحيضة تتحقق البرأة كما تتحقق بالصغر والبكارة كما سيأتي تحقيقه ﴿ **و** ﴾ استبرا ﴿ **منقطعته** ﴾ أي منقطعة الحيض ﴿ **لعارض** ﴾ لا لليأس ﴿ **باربعة أشهر وعشر** ﴾ لانها أكثر عدة[(٣*)] الحايل وقال الامير الحسين للمذهب تتربص أكثر مدة الحمل[(٤*)] لعدم تحقق برأة الرحم الا

---

(١) **قوله** : وهو غلط ، اقول : اذ الكلام في المانع للبايع عن الوط لا لغيره .

(٢) **قوله** : ان لا حاجة إلى ذكر الحامل، أقول لأنها لا تخلو عن أحد الثلاث الصور المذكورة.

(٣) **قوله** : على ان نتفا . . . الخ ، اقول جـ مراده انكم جعلتم نفي صحة تزويج من ذكر معللا لنفي وجوب الاستبرا وهذه علة غير منصوصة بل مستنبطة والعلة المستنبطة لا بد ان تكون مناسبة للحكم ولا مناسبة هنا وهذا صحيح إلا أنهم جعلوا عدم صحة التزويج معللاً لعدم الاستبرا لا لعدم وجوبه فكان الأولى حذف وجوب.

(٤) **قوله** : وأما قول المصنف . . . الخ، أقول جـ أي الحامل ومن ذكره معها وهذي قاله في البحر لكن لفظه لا موجب له يريد لأنهن لا يوطين فقد انتفت علة ايجاب استبرائهن ولكنه كما قال الشارح يوجب ان لا يجب استبرا غيرَ الموطوه اذ هي مئنة ذلك لا غيرها .

(٥) **قوله** : بالنقض اقول : قد قال المنار ان قول المصنف بذلك اقرار منه بأن الحكم داير على عدم براة الرحم لا على طرو الملك فلا يتم عموم دعواه .

. . . .

(١*) الذي في البحر ان القايل بايجاب الاستبرا على البايع الهادي والناصر وزيد ومالك والنخعي .

(٢*) **اي الحيضة التي عزم فيها تمت** .

(٣*) وفي شرح الاثمار ووجهة ان هذه المدة بين الحمل تمت

(٤*) وقال الناصر ثلاثة انتهت تمت

بذلك ولانص على حد معين ، قلنا كفت عدة للوفاة كيف [١] كانت كما سيأتي ، قالوا العدة تعبدية والاستبرا لتحقق البراة ولايتحقق الا بمضي أكثر مدة الحمل ﴿ و ﴾ استبرا ﴿ غيرهما ﴾ أي غير الحايض ومنقطعة الحيض لعارض وهي الصغيرة والأيسة والضهيا ﴿ بشهر ﴾ لانه مدة الحيض المعتادة ﴿ و ﴾ كذا يجب ﴿ على منكحها ﴾[١*] لما كان هذا عطفاً على بايع الامة وواهبها وجب أن يكون الضمير لغير الحامل والمزوجة والمعتدة لكنه لمطلق الامة فكان الصواب [٢] ان يقال وعلى منكحها مطلقا ان يستبريها ﴿ للعقد ﴾ خلافا لابي حنيفة وأصحابه ، قلنا كالبايع[٢*] ، قالوا ممنوع الاصل ﴿ و ﴾ كذا يجب الاستبرا على ﴿ من تجدد له عليها ملك ﴾ وهو المشتري لها ونحوه [٣] ﴿ لا ﴾ لو تجددت له عليها ﴿ يد ﴾ فقط بان كانت موجرة [٤] أو مستعارة أو نحو ذلك [٥] فانه لايجب استبراؤها فالمنكحة تستبرا للعقد والمتجدد عليها ملك تستبرا ﴿ للوط بذلك ﴾ القدر من المدة على التفصيل المقدم وهذا اذا كانت غير حامل ولا معتدة ﴿ و ﴾ اما اذا كانت حاملا أو معتدة عن طلاق أو موت فإن الحامل تستبرا ﴿ بالوضع و ﴾ المعتدة يكفي في استبرائها للعقد أو للوط كمال ﴿ العدة ﴾ التي كانت عليها وقال داود والبتى لايجب استبرا غير المسبية الا بالوضع لنا حديث انه صلّى الله عليه وآله وسلم قال في سبايا اوطاس «لاتوطأ حامل حتى تضع ولاغير ذات

---

(١) **قوله** : كيف كانت كما سيأتي ، اقول جـ سيأتي للمصنف ومن معه انها في الحامل بالوضع والاربعة اشهر وعشر فلو تاخر الوضع عنها تاخرت العدة فلا يتم قوله كيف كانت .

(٢) **قوله** : فكان الصواب . . . الخ ، اقول : بل الصواب ما اتى به المصنف (١ . ح) اذ الاتيان بها يستلزم جوازا نكاح الحامل والمعتدة والمزوجة ولا كلام في تحريمه .

(٣) الغانم والوارث والمتهب تمت

(٤) ورجعت اليه تمت

(٥) موهوبة او مغصوبة او ابقة تمت

. . . .

(١*) اذا اراد تزويجها تمت

(٢*) لا يخفى ان وجوب الاستبراء على البايع ثبت بالقياس على الطلاق عدة فلا يصح قياس الا نكاح عليه اذ من شرط الاصل ان لا يكون حكمه ثابتا بالقياس فتأمل والله اعلم . عن كاتبه .

(١ . ح) من ترك مطلقا .

حمل حتى تحيض» اخرج احمد[١*] وابو داود والحاكم من حديث ابي سعيد باسناد حسن وهو عند الدار قطنى من حديث ابن عباس واعل بالارسال وعند الطبراني من حديث ابي هريرة باسناد ضعيف وعند ابي داود من حديث رويفع بن ثابت بلفظ لايحل لا مرء يومن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبريها بحيضة وعند أبي شيبة من حديث علي عليه السلام مرفوعا وفي اسناده ضعف وانقطاع لكن المجموع صالح للاحتجاج وكاف ، قالوا انما ذلك في السبي ، قلنا العموم لايقصر على سببه ، قالوا فيلزم ان لايصح وط غير الحايض كالصغيرة والآيسة والضهيا ، حتى تحيض لعموم النهي عن وطىء غير ذات حمل حتي تحيض قلنا علة المنع المظنة وليست بمظنة للحمل ، قالوا فلم اوجبتم الاستبرا بشهر مع عدم المظنه ولا دليل على التعبد والحق [١] ان النهي انما هو عن ان يسقى الرجل بمائه زرع غيره كما ثبت

---

(١) قوله : والحق ان النهي . . . الخ ، اقول هذا الحق وفي المنار ان العلة معلومة انها مظنة برآةٍ الرحم وانما يكون ذلك فيما يجوز حملها فيقاس على المسبية من يجوز حملها كما ان الاصل كذلك اعني المسبية فان الروابات لم تتناول غير المجوز حملها ، وما اطلق فقد بينه التصريح في الروايات الاخرى اخرج ابن ابي شيبه والدارمي وابو داود والطبراني وابن منيع والبغوي والباوردي وابن قانع والبيهقي والضيا المقدسي من حديث رويفع بن ثابت من كان يومن بالله واليوم الآخر فلا يسقى بمائه زرع غيره ولا ينكح ثيباً من السبايا حتى يستبريها الحديث وفي لفظ لأحمد والطحاوي ولا ينكح ثيبا من السبايا حتى تحيض وفيه خروج البكر بالمفهوم أو البقا على الأصل وهو الخلو عن الحكم وكذلك رواية اخرجها احمد والحاكم وابو داود من حديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه صلى الله عليه وآله وسلم قال في سبايا اوطاس «لا توطا حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض حيضه» وفي رواية يستبريها ولا معنى لاستبرا من علم براءة رحمها ولا تنظر حيض من لا تحيض وهم جعلوا استبرا من لا تحيض شهراً قياسا على العدة والحكمة في الموضعين متفاوتة ففي باب الاستبرا الغرض ما افاده لفظه وهو العلم بالبراه وهو في العده ذلك مع عدة احكام ولو كان الغرض بالعدة البراه لما زيد على حيضة لان الشيء الواحد لا يكون معرفاً في محل دون غيره والحاصل ان لفظ حامل وذات حيض يشمل المسبية وغيرها باللفظ وما وقع من التصريح بالسبي في كثير من الروايات فلاجل انه السبب الواقع والالفاظ التي =

. . . .

(١*) قال الخطابي وقوله حتى تحيض دليل على انه اذا اشتراها وهي حايض انه لا يعتد بتلك الحيضة حتى تستبرا بحيضة مستانفه . وقال الخطابي ايضا في شرح الحديثين فيه من الفقه ان السبي ينقض الملك المتقدم ويفسخ النكاح وفيه دليل على ان استحداث الملك يوجب الاستبرا في الاما فلا توطا ثيب ولا عذراء حتى تستبرا بحيضة ويدخل في ذلك المكاتبة اذا عجزت فعادت الى الملك المطلق وكذلك من رجعت الى ملكه باقالة بعد البيع وسوا كانت الامة مشتراه من رجل او امراة لان العموم ياتي على ذلك اجمع انتهى .

ذلك عند احمد وابي داود والترمزي وابن حبان من حديث رويفع بن ثابت بلفظ لايحل لاحد يؤمن بالله واليوم الاخر أن يسقى مآؤه زرع غيره وبمعناه عند الحاكم من حديث ابن عباس فالحامل تحققت المئنة فيها والمزوجة مظنة وما عداهما ليست بمظنه ولامئنة فلا وجه للمنع من وطيها ويشهد لذلك مافي حديث ابي سعيد انهم انما تحرجوا من وط المزوجات فالنهي انما هو عن وط الحامل أو ممكنة الحمل من وط معلوم هو أو مظنته المقتضيــة لحله قبل استبرائها ﴿ **وكالبيعين** (*) **المتقائلان والمتفاسخان** ﴾ في انه يجب على كل منهما ما يجب على البايع أو المشتري اذا كان التفاسخ ﴿ **بالتراضي فقط** ﴾ لانه حينئذ عقد جديد فأما الرد بخيار الروية وخيار الشرط مطلقا(١*) وبالعيب أو فساد العقد اذا وقع الفسخ بالحكـم أو قبل القبض فهو بالملك الاول لايملك جديد لانه كاشف عن عدم نفوذ العقد من أصله ﴿ **و** ﴾ هؤلاء الذين وجب عليهم استبراء جميعا يجوز ﴿ **لهم الاستمتاع** ﴾ من الامة في مدة الاستـبرا ﴿ **في غير الفرج** ﴾ لافيه وقال في الاحكام وهو قول زيد والناصر والمؤيد لايجوز الاستمتاع(٢*) لنا ان النهي انما تعلق بالوط وهو الايلاج ، قالوا ومقدماته مقيسه عليه كما في غير موضع قلنا علة النهي

= كذلك في حكم الملغاة فيعم كل من جوز عدم خلو رحمها حتى من الزنا وعلى هذا فتكفي حيضه عند البايع أو المشتري ، وأما الوجوب فعلى المشتري ونحوه من حيث انه ممنوع عن الوط مع تجويز ان يسقى زرع غيره كما اشار اليه الحديث المتقدم ومن جعل ذلك من باب القياس تناوله ما يشمل العله فقط وهي ما ذكرنا ويدل عليه ما ثبت عند البخاري وغيره من حديث بريده ان عليا عليه السلام بعثه صلّى الله عليّه وآله وسلم ليقسم سبيا ويخمسه ، قال فقسم وخمس وفي السبي وصيفة هي من احسن السبي قال فخرج ورأسه يقطر ، قلنا يا ابا الحسن ما هذا قال الم ترو الى الوصيفة التي كانت في السبي فاني قسمت وخمست فصارت في الخمس ثم صارت في اهل بيت رسول الله صلّى الله عليّه وآله وسلم ثم صارت في آل علي وعرف صلّى الله عليّه وآله وسلم بهذه واقره والحديث طويل فيه قصة فهذه الوصيفة اما ان تكون بكرا او ثيبا فيحتمل انها بكر وان عليا لم ير استبراها كما قال ابن عمر لا تستبـرا العـذر وقد حمله على ذلك ابن تيمية في المنتقى ويدل له حديث رويفع الذي فيه فلا ينكحن ثيبا من السبايا ويحتمل انها ثيب وان عليا عليه السلام استغنى بما مضى لها من المده بعد السبي قبل القسمة ريثما كتب خالد اليه صلّى الله عليّه وآله وسلم وعاد جوابه وارسل عليا عليه السلام افاد هذا كله المنار وهو كلام حق واضح مع الادلة .

. . . .

(*) وكذا اذا رجع في الهبة وجب الاستبرا ايضا لانه ملك جديد . وقيل لا يجب واستقر به في الغيث . عن شرح اثمار .

(١*) بالحكم تمت

(٢*) مطلقا سوا كانت صغيرة او اليه ام لا تمت

ماتقدم من سقى مائة زرع غيره وليست بموجودة في الفرع ﴿ **الامشتريا ونحوه** ﴾ من متهب وغانم ووارِث اذا كان كل منهم .

﴿**يجوز الحمل**﴾(١*) في الأمة فإن الاستمتاع لا يجوز له ونظره المصنف في البحر.

قلت ووجه (١) النظر ما قدمناه من بيان ان العلة سقي زرع الغير بمائه وليست بموجودة في الاستمتاع ولانه لادليل على منعه الا دليل المانعين مطلقا فالتخصيص تحكم ﴿ **وتجوز الحيلة** ﴾ (٢*) في اسقاط وجوب الاستبرا للبيع والشراقيل بان يزوجها ثم يبيعها مزوجة ثم يطلقها الزوج قبل الدخول بها فلا يجب استبرا للبيع لان استبرا المزوجة لايجب على البايع ولا للشرا لان استبرا المشتري انما هو للوط ولايجوز له وط المزوجة لكن في سقوطه (٢) على المشتري نظر لان المقتضى له عليه هو الوط لاالشرد لكن لما كان التزويج مانعا له عن الوط توقف تأثير المقتضى على زوال المانع فاذا زال المانع ـ بان طلقها الزوج ـ وجب ايجاب المقتضى لمقتضاه ولا كذلك استبرا البايع فان المقتضى له عليه هو مجرد البيع والتزويج ليس مانعا منه ولهذا لم يجب عليه استبرا الثلاث (٣) بخلاف المشتري .

﴿ فصل ﴾

﴿ ومن وطى امة ايماً ﴾ لا ذات زوج ولا معتدة (*) و ﴿ له ملك في رقبتها ﴾

---

(١) **قوله** : ووجه النظر ، اقول : مثله في المنار ثم قال والاظهر في وجه النظر ان هذا من قياس الاخف على الاغلظ والاعم على الاخص كما اقاسوا كل استعمال على الاكل والشرب في آنية الذهب والفضة وهنا قاسوا الاستمتاع مطلقا على الوط .

(٢) **قوله** : لكن في سقوطه على المشتري نظر ، اقول : قد صرح المصنف بذلك على وجه اخر من التعليل وطول الكلام وابان انه لا فائدة للمشتري في هذه الحيلة وقد طول البحث في ذلك شارح الاثمار .

(٣) **قوله** : الثلاث اقول الحامل والمزوجة والمعتدة كما سلف .

. . . .

(١*) **لا لو كانت صغيرة** أو آيسة جاز الاستمتاع ذكره أبو العباس وأبو طالب ورواه في التقرير عن المنتخب.

(٢*) **فائدة**: الحيلة أنه يجوز للمشتري البيع قبل أن يطلقها الزوج من غير استبرا فهذه فايدة الحيلة عند الهدوية لا سوا ذلك وأما عند المويد فلا فايدة راسا لا في حق البيع ولا في حق المشتري. غيث وذلك لأن المويد بالله لا يوجب استبرا على البايع.

(*) ولا حاملا من غيره لانها ليست بايم مهما بقيت حاملا . غيث .

خالص او مشترك ﴿ **ثبت النسب** ﴾[١] ﴿ **والا** ﴾ يكن له ملك ﴿ **فلا** ﴾ يثبت النسب لولدها منه[٢] اذا وطى ﴿ **امة الابن** ﴾ غير مزوجة ومعتده كما تقدم ولا وطيها الابن ايضا فانه يلحقه[٣] نسب ولدها ﴿ **مطلقا** ﴾ اي سوا وطها عالما بالتحريم ام جاهلا لحديث «انت ومالك لابيك» تقدم ﴿ **واللقيطه** ﴾ التي التقطها هو للخلاف الاتي في انه يملكها عند جهل المالك فكان ذلك شبهة ﴿ **والمحلله** ﴾ التي قال سيدها للواطى أحللت لك وطيها لانه صدق عليها انها منكوحة باذن اهلها وربما كان ذلك اذا جرا به العرف انكاحاً وفي نسخ المتن المحللة بفك الادغام والقياس المحلة بالادغام[٤] ﴿ **والمستاجرة والمستعاره** ﴾ اذا كان الاستئجار والاستعاره ﴿ **للوط** ﴾[٥] لأنهما يكونان كالمحللة نكاحهما باذن اهلهما ﴿ **والموقوفة** ﴾ اذا وطيها المصرف لان له حقا في منافعها وكذا الواقف له شبهة ملك كما سياتي من تحقيق الخلاف في صحة الوقف وعدمها ان شاء الله تعالى ﴿ **والمرقبة** ﴾ التي قال مالكها لغيره ارقبتك هذه الامة ، اما اذا كانت الرقبي مطلقة فهي كالهبه كما سياتى وانما الكلام في الرقبى ﴿ **المؤقته** ﴾ بوقت محدود فان اباحة منافعها على الاطلاق في المنفعة شبهة فهي كالمحلة ﴿ **ومغصوبة** ﴾ في يد البايع ﴿ **شراها** ﴾ المشترى فكل هذه السبع اذا وطيهن من هن في يده باي هذه الاسباب ﴿ **مع الجهل** ﴾ منه بحرمة وطيهن بذلك السبب، فان نسب ولده منهن يلحق به وان لم يكن له ملك في رقبة الامة ﴿ **ومهما ثبت النسب فلا حد** ﴾ على الواطى قال المصنف ولا احفظ فيه خلافا ﴿ **و** ﴾ يثبت ﴿ **العكس** ﴾ اي عكس نفي الحد وهو ثبوت الحد ﴿ **في العكس** ﴾ اي في عكس ثبوت النسب وهو انتفا النسب لكن لا يخفى صحة منع لزوم الحد لانتفا النسب لأن الحد يسقط بالشبهة وبسقوطه بالشبهة لا يستلزم عقلاً ولا شرعا ثبوت النسب حتى يتلازم سقوط الحد وثبوت النسب من الطرفين انما التلازم من طرف واحد وهو انه كلما ثبت النسب سقط الحد ولا برهان على أنه كلما سقط الحد ثبت النسب لأن المغلوط بها ونحوها

فصل ومن وطى .

(١) قال ثبت النسب اي مع الدعوة .

(٢) مطلقا جاهلا ام عالما تمت

(٣) اي الاب تمت

(٤) قوله : بالادغام ، اقول : لانه لاوجه لفكه ومن العجب ان الاثمار تبع الازهار في الفك وتبعه الشارح ايضا .

(٥) قيد للثلاث لا للخدمة فلا يلحقه النسب ولوجهل التحريم تمت

يسقط الحد بالغلط ولا يثبت النسب لانه انما يثبت بالفراش ولا يثبت للغلط فراش كما سياتي ولان الحد حق لله تعالى فتسقطه الشبهة بخلاف الولد فهو حق لمالك الامة والشبهة لا تسقط حقوق الخلق كيف ولو سقطت الشبهة حقوق الخلق لما وجب ضمان الخطا لان الخطا اعظم الشبه ولما صح الاستثنا في قوله ﴿**الا المرهونة**[1] **والمصدقة قبل التسليم مع الجهل والمسبية قبل القسمة والمبيعة قبل التسليم**﴾ اذا حصل وط من المرتهن والروج والغانم والبايع لانه لا يثبت بذلك الوط حد ولا نسب فلم تسقط الشبهة حق الخلق وان اسقطت الحق تعالى وقال المنصور يثبت النسب في المبيعة ويبطل إليه بصيرورتها أم ولد وانما اشترط في الأولين الجهل ولم يشترط في الأخرين بل انتفى فيهما النسب والحد ﴿**مطلقاً**﴾ مع العلم والجهل لأن الملك في الأولين مستقر اما استقرار ملك الراهن فواضح ولكن لا بد من كون الرهن صحيحا لانه لو كان فاسدا كان الرهن امانة في يد المرتهن فيجب عليه الحد ، واما استقرار ملك الممهوره فلما تقدم من استقرار ملك المهر بالعقد ولهذا ثبت لها فيه قبل القبض كل تصرف خلاف المؤ يد والشافعي كما تقدم ، واما المسبية فكان حقها [2] ان تكون كالمشتركة لان للواطى فيها جزا قطعا ، واما

---

(١) اذا وطيها المرتهن

(٢) **قوله** : فكان حقها . . . الخ ، اقول جـ قد جعلوا اللقيطه مشبهة بها قال شارح الاثمار اما اللقيطه فلانها تشبه الغنيمة وقال المصنف في الغيث بهذا اللفظ فما ثبت في اللقيطه وهي الفرع ثبت في اصله ضرورة والا لما كان اصلا وقد جعلوه اصلا فالحق مع الشارح في ذلك ، واعلم ان الحكم بالنسب في امة الابن صحيح على ما قررناه من ملك الأب لما في يد ولده لا على ما يقرره أهل المذهب من انه لا يملك الاب مال ولده وانما قلنا على ما قررنا لانه يكون وط بالملك فيثبت الفراش فان الله تعالى حصر حل الوط على أمرين حيث قال الا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم وفي الحديث الولد للفراش ولا فراش الا فيما احله الله تعالى لا ما حرمه ، واما إذا كانت الامة التي وطها الاب ملك للولد كما يقوله اهل المذهب فقد وطى الاب ما لايملك وطئه شرعا فلا يثبت به فراش ، واما سقوط الحد فأمر آخر داير على الشبهة على ما قالوه ، اما اللقيطه بعد مضى مدة التعريف بها فان الشارع قد اذن فيها للملتقط وانه يتملكها فقد وطى ملكه فيثبت النسب منها واما المحلة فاذا لم يجر العرف بانه لفظ يعقد به النكاح وكان المعقود له ممن يحل له نكاح الامة والا فهو تحليل لما حرم الله داخل تحت قوله «فمن ابتغاورا ذلك فاولئك هم العادون» اذ هذه التي احلها سيدها ليست من ازواج الواطى ولا مما ملكت يمينه وتحليل المالك له تحليل لما حرمه الله تعالى داخل تحت قوله ولا تقولوا لما تصف السنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام لتفتروا على الله الكذب وكذلك قوله المستاجرة والمستعارة للوط الا أدري ما دليل حل هذه الأجنبيات المحرمات بغير ما أذن الله فيه فإنه انما أذن في الزوجة وما ملكت اليمين ولا أرى الاستيجار =

الفرق بجواز صيرورتها بالقسمة لغيره فساقط لان علوق المشتركة ودعوا ولدها استهلاك لها كما سياتي تحقيقه وذلك يمنع القسمة لانها بيع وبيع ام الولد لا يصح ، واما المبيعة قبل التسليم فلانه لما لم يثبت للمشتري التصرف فيها قبل قبضه كما سياتي كان انتفا اللازم دليلا على انتفا الملزوم فكأنها باقية في ملك البايع وفيه بحث سيأتي إن شاء الله تعالى في محله ﴿والولد من﴾ الثماني ﴿ الاول ﴾ التي لحق فيهن النسب ﴿ حر ﴾ بالاصالة ان ادعاه اما في مباحة المنافع كالمحلة والمستاجرة والمستعارة للوط والمراقبة والموفوقة فلان اباحة المنافع التي منها منفعة البضع شبيه بعقد النكاح فهو كالعقد (١) الفاسد واما امة الابن فلانها تستهلك بالعلوق فيقارن

= والعارية شبهة يسقط بهما الحد بل لايسقط بهما حد ولا يثبت بهما فراش ولا يحل التأجير ولا العارية للوط بل هو مضاد لحكم الله ومثلهما الموقوفه والمرقبه المو قته لا يثبت بهما فراش ويسقط الحد للشبهة حيث كان له حق فيهما ما في الجملة مع اباحة الشارع اي اباح نفس الوقف والا رقاب فليتامل البحث فقد مضيت اعمار المدرسين وغيرهم على تقرير حل هذه المعدودات (١ . ح) بلا دليل من كتاب ولا سنة في امر خطير وخطب غير يسير الحمد لله وجدت بعد ثلاثة اعوام من كتابة هذا البحث في المحلى وشرحه لابن حزم فذكر مسألة المحلة فقال مسألة من أحل فرج أمته لغيره ثم ساق بسنده إلى ابن عباس قال اذا احلت امرأة الرجل او ابنته او اخته له جاريتها فليصبها وهي له ونقله عن طاووس ايضا وقال قد صح عنهما ثم قال لكنا لا نقول به اذ لا حجة في احد دون رسول الله صلّى الله عليّه وآله وسلم وقد قال تعالى «والذينهم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم» الاية فقول الله احق ان يتبع ثم ذكر المستاجرة للوط فقال مسألة المستاجرة للزنا ثم ساق باسناده في قصة ان رجلا اعطا امرأة ثلاث حفنات من تمر ثم كان منها وانها شكت الى عمر رضي الله عنه فاخبرته فقال مهر ودرا عنها الحد قال ابن حزم وذهب الى هذا ابو حنيفة ولم ير الزنا الا ما كان مطاوعة واما ما كان عطا او استيجارا فليس بزنا ولا حد فيه ، وقال ابو يوسف ومحمد وابو ثور واصحابنا وساير الناس هو زنا كله وفيه الحد ثم قال وهذا تطريق للزنا واباحة الفروج المحرمة وعونا لا بليس على تسهيل الكباير وعلى هذا لا يشا زانٍ او زانية ان يزينا علانية الا فعلا وهما في امن من الحد ان يعطيها درهما يستاجر للزنا به قال ابو محمد وجد الزنا واجب على المستاجر والمستاجرة بل جرمها اعظم من جرم الزاني والزانية بلا استيجار لانهما زادا على ذلك حراما اخر هو اكل المال بالباطل انتهى ١ والحمد لله على الوفاق على الحق .

(١) قوله : فهو كالعقد الفاسد اقول : لا يخفى ضعف هذا الدليل في اثبات الحكم فان لم يكن دليل سواه هو مما ثبت به وفي البحر تعليل حريته بالشبهة فكانه اراد ما قاله الشارح من التشبيه بالعقد الفاسد .

. . . .

(١ . ح) هذا وهم فانهم مصرحون بتحريم وطا لمذكورات ولذا قيد بالجهل بالتحريم صريحا فتامل .

الحرية الاستهلاك ، واما اللقيطة ومغصوبة شراها فحرية الولد بعيدة فيهما لان حق الغير لا يسقط عن مستهلكه بجهله كما تقدم ، وانما يسقط في المحلة ونحوها باسقاط المالك ﴿ و ﴾ كان القياس ايضا ان لا يثبت ﴿ **علية قيمته** ﴾ كما في صورة ﴿ **غالبا** ﴾ فانها [١] احتراز من كون المذكورات لذى رحم كالاب[*١] والاخ ولا وجه للفرق لان علة الحرية هي اباحة المنفعة لا العتق بملك ذي رحم والا لما كان الولد حرا في غير امة ذي رحم ﴿ و ﴾ اما الولد ﴿ **من** ﴾ الاربع ﴿ **الاخر** ﴾ المرهونة والمصدقة والمسبيه والمبيعة فهو[*] ﴿ **عبد** ﴾ وقد علمت [٢] ما في الحكم بعبوديته في المسبية[*٢] ﴿ **ويعتق ان ملكه** ﴾ الواطى بشرا او نحوه بناء على انه ولد وفيه نظر لان الولد انما يثبت للفراش [٣] لا لغيره والذي [٤] يقضي به النظر ان الفراش انما جعل مناطا ومظنة يثبت بها احكام الخصومات التي مبناها على اعتبار الظاهر لا الحقيقة وسياتي حديث انه صلَّى الله عليّه وآله وسلم لما حكم بولد امة زمعة لعبد بن زمعة قال «واحتجبى منه ياسوده» وذلك ظاهر في اعتبار المظنة في الخصومة واعتبار المئنة في الحجاب وعليه يقاس اعتبار المئنه ايضا حيث لا يحتاج الى اعتبار المظنة ﴿ و ﴾ هولآء الأ مآ الاثنتى عشرة ﴿ **لهن المهر** ﴾ على الواطى بما استحل من فروجهن كما تقدم ﴿ **الا المبيعة** ﴾ قبل التسليم فلا مهر لها لان الوط عيب حدث في يد البايع فللمشتري الخيار بين قبولها بعيبها اوردها

---

(١) **قوله** : فانها احتراز ، اقول : المصنف جعله احترازا مما ذكر و من المغصوبة اذا كانت ام ولد واشتراها غير الغاصب جاهلا فانه يلحق النسب والولد حر و لا يلزمه قيمته لانه في حكم امه لا يجوز بيعه فكانه استهلك ما لا قيمة له .

(٢) **قوله** : وقد علمت . . . الخ ، اقول جـ ما تقدم له ان من حقها ان تكون كالمشتركة .

(٣) **قوله** : للفراش ، اقول : يعنى ولا فراش لمن ذكر لانه غير ما لك ولا قوي الشبهة كالثماني الاول .

(٤) **قوله** : والذي يقضى به النظر ، اقول : مراده ان الفراش جعله الشارع صلَّى الله عليّه وآله وسلم مظنة لثبوت النسب في الخصومة بدليل حكمه المعلل بانه ابن لزمعه لان الفراش له ولكنه يحتمل في نفس الامر وحقيقته وهي المئنة انه غير ابن له فلذا منع سودة بنت زمعة من اباحة النظر لأن مبنى جوازه على تحقق كونه ولد أبيها وان لم يحكم في نفس الأمر **الظاهر** ـ بكونه ولدا وان ثبت الفراش لاجل فصل الخصومة كان هذا مراده وفيه تامل .

. . . .

(*١) **اي اذا كانت** الامة المحلة او المستاجرة او المستعارة لاب المحله له ونحوه أو لأخيه .

(*٢) قال في البحر في المسبية ويمكن قياسها على المشتركة .

(*) اذا لا ملك ولا شبهة تمت

به وقيل يثبت لها المهر لأنه فائدة من فوايد البيع فيتبعه قبل القبض كما يتبعه بعده إلا على قول المنصور فإن البيع يبطل بصيرورتها أم ولد .

﴿ فصل ﴾

﴿ **وتستهلك امة الابن بالعلوق** ﴾ [١] من وط الاب لها والصواب بالدعوة لانها انما استهلكت لصيرورتها أم ولد ولا تصير أم ولد إلا بالدعوة وقال المنصور والمزني والقفال وقول للشافعي لا تصير ام ولد وانما عتق الولد بملك [٢] اخيه ورد بان العتق فرع ثبوت النسب الذي هو فرع حصول شبهة ملك الامة والشبهة [٣] كالملك في ايجاب الاستيلاد له واجيب بان الشبهة انما تسقط الحدود لا الحقوق [٤] فان كون العلوق سببا لملك غير المالك حكم شبهي وضعي يفتقر الى دليل شرعي وقياس [٥] الشبهة على الحقيقة ظاهر السقوط لان الشبهة لا تقاوم الحقيقة والا لزم [٦] ترجيح الظنيات على القطعيات .

نعم يتجه [٧] ذلك على القول بان للاب ملكا حقيقيا فتكون [٨] كالمشتركة ﴿ **فيلزم قيمتها** ﴾ عند الاستهلاك من باب الضمان ﴿ **ولا عقر** ﴾ [٩] ولا قيمة للولد خلافا لمن تقدم

فصل ويستهلك . . . الخ .

(١) **قوله** : بالعلوق ، اقول : يفتح المهملة واللام مصدر علقت المرأة حبلت .

(٢) **قوله** : بملك اخيه ، اقول جـ الذي هو مالك الامة لانه ابن مملوكه .

(٣) **قوله** : والشبهة كالملك . . . الخ ، اقول جـ الاولى في ثبوت النسب .

(٤) **قوله** : لا الحقول وهو هنا ابطال ملك الابن .

(٥) **قوله** : وقياس الشبهة اي شبهته الملك التي بها دفع الحد على الحقيقة على الملك الحقيقي ظاهر السقوط وعلى تقريره فالابن منها مملوك لمالك الامة والامة باقية على ملك سيدها وهو ولد الواطى .

(٦) **قوله** : والا لزم ترجيح الظُنيات ، اقول : الاولى ان يقول مساواه لانه قد ساوا الملك القطعي والملك الشبهي في لحقوق الولد بالواطى .

(٧) **قوله** : نعم يتجه ، اقول : هذا هو الذي يقوى الدليلة وقد اسلفنا في الزكوة قوته

(٨) **قوله** : فتكون كالمشتركة ، اقول : من يقول للاب ملك حقيقي في مال ولده لا يكون كالمشتركة بل هي أمة للأب خالصة ولا يخفى قوة بحث الشارح وان لا يتم استهلاك الأمة بوط ولا دعوة اذ ثبوت النسب متفرع عن نكاح صحيح او عن ملك لا غير والشبهة لا تثبت ملكا .

(٩) **قوله** : ولا عقر هو بضم العين المهملة وسكوت القاف دية فرج المغصوبة وصداق (وهو هنا عشر قيمة الامة ـ) المرأة كما في القاموس .

الا ان القياس الحكم بالعقر لان سببه متقدم على الاستهلاك فقد لزم قبله كما سياتي وكما لو لم تعلق الا من وط ثان فان عقر الاول يلزم ولا يصلح الاستهلاك مسقطا له كما لم تسقط قيمة الام واما الولد فان الاستهلاك قارن وجوده فلم يتقدم وجوده على الاستهلاك ﴿ والا ﴾ تعلق من وط الاب ﴿ فالعقر ﴾ هو الواجب ﴿ فقط ﴾ اما فوات حلها للابن فمنعه لا قيمة لها .

﴿ فصل ﴾

﴿ ولا توطا[1] بالملك ﴾ امة ﴿ مشتركة ﴾ وظاهر تقييده بالملك جوازه بعقد النكاح من الشريك الا انه يلزم ترتب سبب جواز الوط وينبني على ان نصيب الواطى لا يفي بنكاح الحرة وانه عنت كما تقدم ﴿ فان وطى ﴾ مع التحريم عالما به او جاهلا ﴿ فعلقت ﴾ او لم تعلق فلا حد عليه لكنها اذا علقت بولد ﴿ فاد عاه لزمه حصة الاخر من العقر و ﴾ [2] لا يخفى ان تفريعه لزوم حصة الاخر من العقر على العلوق والدعوه مما لا وجه له لانه لازم [3] بنفس الوط فلو قال فان وطى لزم حصة الاخر من العقر فان علقت فادعاه لزمته ﴿ قيمتها ﴾ اي قيمة حصة الشريك ﴿ يوم الحبل ﴾ لكن استهلاكه لها انما هو بكونها ام ولد ولا يكون ذلك الا بالدعوة فالصواب [4] قيمتها يوم الدعوه وكذا قيمة الولد يوم الدعوه ﴿ و ﴾ اما انه يضمن ﴿ قيمة يوم الوضع ﴾ قيل لانه اقرب وقت يمكنه فيه تقويمه فهو لا شيء لان التقويم ممكن قبل الوضع بان تقوم أمة حاملة وغير حاملة فما زاد بين القيمتين فهو قيمة الولد وان نقص ضمن حصة الشريك وضمن قيمة الامة قبل الاستهلاك لانه اذا ادعاه قبل الوضع استهلكه ذلك الوقت ولزمته قيمته وقت الاستهلاك كما في امة الابن ﴿ الا ﴾ ان

فصل ولا توطا بالملك .

(١) قوله : لانه لازم بنفس الوط ، اقول : هو كما قال وقد صرح به في شرح الاثمار قال وانما لم يدخل العقر في ضمان القيمة لاختلاف سببهما هنا اذ موجب العقر الوط وموجب القيمة الدعوى بخلاف امة الابن كما سلف .

(٢) اي لا يجوز تمت

(٣) والعقر بالضم دية فرج المرأة اذا غصبت على نفسها ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر تمت

(٤) قوله : فالصواب قيمتها يوم الدعوة ، اقول : هذا هو الصواب باعتبار ما ياتي له وما سلف وقيل اذا ادعاه بعد الوضع لزمته حصته من قيمته يوم ادعاه لانه انما استهلكه حين ادعاه ورد بانه بدعوته انكشف انه مستهلك له من يوم وضعه ذكره في شرح ابن بهران .

تكون الشركة في الأمة ﴿لأخيه ونحوه﴾ (كأبيه وجده ابنه) من ذوي[١] الرحم المحرم فإنه لا يضمن نصيب أخيه من الولد لأن عتق نصيب الأخ كان بملكه ذي الرحم فكأنه أتلف نصيبه بنفسه لأن الرحامة هي السبب القريب فكانت كالمباشر مع المسبب ﴿ فان ﴾ كان الشريكان ﴿ وطيا ﴾ الامة كلاهما ﴿ فعلقت فادعياه ﴾ [٢] ﴿ معاتقاصًا ﴾ [٣] اي تقابلت جناية كل منهما على ملك صاحبه فتساقطا الضمان ان تساوت الانصبا ﴿ او ترادا ﴾ الزيادة لأحدهما ان لم[٤] يتساو الا نصبا ولو قال أورد الأقل نصيبا لأن الترادّ تفاعل ولا يصح الا إذا كان الرد من كل واحد ولا يستقيم مع التفاضل ولا مع التساوي أيضاً ﴿وهو ابن﴾ كامل ﴿ لكل فرد ﴾ من الشركا بمعنى انه اذا مات احد الشركا مثلا ورث منه هذا الولد ميراث ولد كامل ﴿و﴾ أما الشركا فإن ﴿مجموعهم[٥] أب﴾ بمعنى أنه إذا مات الولد فليس لمجموعهم إلا ميراث أبٍ واحدٍ يقتسمونه على الحصص في الأمة إلا

(١) قوله : من ذوي الرحم المحرم ، اقول جـ ودليله ما أخرجه ابو داود من حديث سمرة بن جندب قال رسول الله صلّیٰ الله عليّه وآله وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه الا انه ضعفه الترمذي واخرجه ابو داود عن عمر رضي الله عنه موقوفا وياتى للشارح .

(٢) قال : فادعياه معا ، اقول : اهمل الشارح شرح معا ومراده بها ان يدعيا في حالة واحدة وقيل يعتبر المجلس وان سبق احدهما بالدعوة لم يحصل الاضراب .

(٣) قوله : تقاصا اي حيث كانت بينهما نصفين فلا يلزم بها للاخر شيء من القيمة ولا العقر .

(٤) قوله : اذا لم يتساو الانصبا ، اقول او وطيها احدهما بكرا والآخر وهي ثيب فيلزم الاول للثاني حصته من زيادة عقر البكر على عقر الثيب كان العرف اختلاف مهريهما .

(٥) قوله : ومجموعهم اب ، اقول ج استدل المصنف لدعواه هذه بقوله الاصل في هذه المسألة ما روى عن علي عليه السلام كما يأتي وهذا بناء على ان القافة والقرعة لايثبت بهما نسب وقد ورد في كل حديث فاخرج ابو داود وغيره من حديث عايشة قالت دخل عليَّ رسول الله صلّیٰ الله عليّه وآله وسلم تبرق اسارير وجهه فقال اي عايشة الم ترى الى مجزز المدلجى راى زيدا واسامة قد غطّيا وجوهما بقطيفه وبدت اقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض قال الخطابي في هذا دليـل على ثبوت القافه وصحة الحكم بقولهم في الحاق الولد وذلك ان رسول الله صلّیٰ الله عليّه وآله وسلم لايظهر السرور الا بما هو حق عنده وكان الناس قد ارتابوا في زيد بن حارثة وابنه أسامة وكان زيد أبيض وأسامة أسود فتمارآ الناس في ذلك وتكلموا بقول كان يسوء رسول الله صلّیٰ عليّه وآله وسلم فلما سمع هذا القول من مجزز فرح به وسري عنه وممن اثبت الحكم بالقافه عمر بن الخطاب وابن عباس رضّي الله عنه وبه قال عطا واليه ذهب الاوزاعي ومالك والشافعي واحمد وقال اصحاب الراي يريد الحنفيه في الولد المشكل يدعيه اثنان يقضى به لهما وابطلوا الحكم بالقافه افاده الخطابي واطال النفس في الاحتجاج على صحة جعل =

= القافه طريقا الى الالحاق والمصنف رد ذلك في البحر بقوله صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم الولد للفراش قال وهو في معنى النفي والاثبات كقوله الاعمال بالنيات ونقل عن الامام يحي انه نسخ بالحديث المذكور وقال صاحب المنار في ابحاثه ان حديث الالحاق بالقرعة الذي يأتي دل على نفي العمل بالقافه لانها لو ثبتت لكانت مقدمة على القرعة لان القرعة انما تكون بعد انسداد سائر الطرق الشرعية ولم يروا انه يعني عليا عليه السلام طلب القافة وقد قرر النبي صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم ذلك واستبشر واشتد اعجابه فيه قلت ولا يخفا أن دعواه أن القرعة آخر الطرق دعوا بلا دليل ولم لا يجوز أن تكون القرعة والقافه طريقين للالحاق معرفتين بالنسب بايهما وقع به الالحاق ثبت قال واما حديث مجزز المدلجي فلا حجة فيه لانه انما يعرف القايف بزعمه ان هذا الشخص من ماء ذاك واما انه طريق شرعي فانما يعرف بالشرع قلت اما حديث المدلجي فلا شك ان اسامة قد ثبت فراش ابيه شرعا ولانزاع فيه وانما اختلف اللونان كان يقال ما يقال فلما قال القايف ما قال سر رسول الله صلّى الله عليّه وآله لاثبات نسب فهو ثابت بلا مرية بل لأن بكلامه اندفع ما يقوله الناس فكأنه صلّى الله عليه وآله وسلم قال هذا القايف الذي ترجعون إليه أحياناً في الالحاق كما كان في الجاهلية قد حكم بأن أسامة من زيد فاندفع ما شكك باختلاف اللون لان ذلك تشكيك بالقيافه فان فيها اعتبار اللون وقد عارضها قيافه اصح لاعترافهم بعلو كعب مجزز المدلجي في ذلك ففرحه صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم ليس لاثبات نسب اسامة فانه ثابت شرعا اتفاقا بل لدفع قيافتهم باصح منها فتبطل قالة السؤ . نعم تقريره صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم لقوله ان هذه الاقدام بعضها من بعض الذي معناه ان هذا ابن هذا تقرير للالحاق بالقافه والالقال هذا لايحل لك في غير هذه الاقدام الثابت نسبها بالفراش وهو في مقام الابلاغ ثم في اخباره صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم في قصة اللعان بانها ان جاءت به على كذا وكذا من الصفات فهو لفلان والا فهو لفلان فهذه جملة خبرية لم يرم بها لغوا بل لبيان من يكون المولود له وحين جاءت به على الوصف المكروه قال لولا الايمان لكان لي ولها شأن فانه يظهر ان المراد لقضيت بفجورها لولا انه عارضه ما هو بت للحكم قبل ذلك فالحديث دل انه لاحكم للقيافه بعد اللعان فقط وقوله انه قرر المدلجي على صناعة القيافة قلنا من لازمها تقرير الالحاق بها فانه نتيجة ذلك فالذي يلوح صحة الالحاق بها عند فقد الاقوى واما القرعة فاخرج ابو داود من حديث زيد بن ارقم قال كنت جالسا عند رسول الله صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم فجاء رجل من أهل اليمن فقال ان ثلاثة نفر من أهل اليمن اتوا عليا عليه السلام يختصمون في ثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد فقال للاثنين طيبا بالولد لهذا فغلبا للاثنين طيبا بالولد لهذا فغلبا ثم قال لاثنين طيبا بالولد لهذا فغلبا ثم قال أنتم شركا متشاكسون اني مقرع بينكم فمن قرع فله الولد وعليه لصاحبيه بثلثا الولد لصاحبيه بثلثا فاقرع بينهم فجعله لمن قرع فضحك النبي صلّى الله عليّه وآله وسلم حتى بدت نواجذه أو اضراسه قال الخطابي فيه دليل ان الولد لايلحق باكثر من اب واحد وفيه اثبات القرعة في الحاق الولد واحقاق القارع وللقرعة مواضع غير هذا في العتق وتساوى البينتان في الشي يتداعاه اثنان =

انه (١) لاوجه لترجيح استقلال البنوة دون الابوه لانهما لم يثبتا بالمئنه لعدم الشركة فيها فهي لواحد وانما يثبتا بالمظنة فترجيح استقلال احد المتساويين في سبب الوجود دون الاخر تحكم بحتٌ والقياس التبعيض ككاتب اذا بعض مال الكتابة يرث ويورث بقدر ما ادا على راي من يورثه ﴿ و ﴾ اذا لم يبق من الشركا الا واحد فانه ﴿ يكمل الباقي ﴾ ابا فينفرد بميراث الولد دون أولاد الشركا كما يجب عليه كل نفقة الولد ايضا الا انه لا وجه لذلك ايضا لان الموت لا يصرف نسب الميت الى غيره وبالجملة النسب لحمة كلحمة الولا بالعتاق ينتقل من كل الى وارثه ، واما (٢) ما يروى عن سماك مولى بنى مخزوم ان رجلين وقعا على جارية في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما هو فاتيا عمر فاختصما في الولد فقال عمر رضي الله عنه ما ادرى كيف احكم فاتيا عليا عليه السلام فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منكما فلا حجة فيه على التفصيل المذكور لان قول على عليه السلام يرثكما وترثانه مطلق ولا دلالة للمطلق على المقيد وقوله هو للباقي منكما مستلزم ان يختص ورثه الاخر بنسب الولد او ان

= فصاعدا وفي الخروج بالنسا في الاسفار وفي قسم المواريث في افراز الحصص بها وقد قال بجميع وجوهها نفر من العلماء ومنهم من قال بها في بعض هذه المواضع ولم يقل بها في بعض وممن قال بظاهر حديث زيد ابن ارقم اسحاق بن راهويه وقال هذه السنه في دعوى الولد وكان الشافعي يقول به في القديم وقيل لاحمد في حديث زيد هذا فقال حديث القافه احب الي وقد تكلم بعضهم في اسناد حديث زيد هذا وقد قيل انه منسوخ انتهى وقد طولنا لما اهمل الشارح الكلام في هذين وهذا محلهما .

(١) **قوله** : الا انه لاوجه لترجيح . . . الخ ، اقول ج ضمير لانهما لم يثبتا عائد الى البنوة والابوة وضمير فيها في قوله لعدم الشركه فيها للمئنة وهي تحقق كونه لواحد يقينا أي ان الذي يثبت بالمئنة لايتصور فيه شركه لانها التيقن بانه لاحدهما ولايقين في ذلك قطعا فلم يكن طريق انه ابن لهما الامظنه انه خلق من مائهما وماؤ هما هو سبب وجود الولد فكيف يحكم بانه ابن لكل واحد ولا يحكم بان كل واحد أبٌ له ولاريب في قوة كلام الشارح .

(٢) **قوله** : واما مايروى عن سماك . . . الخ ، اقول ج هذا هو الذي استدل به المصنف للمسألة وهذه الرواية عن على عليه السلام اخرجها ابن عبد البر من طريق عبد الرزاق واخرج عن عمر رضّي الله عنه مثلها فقد اتفق علي وعمر رضّي الله عنهما على هذه الفتوى الا انه يبقى الاشكال في قول علي وعمر رضّي الله عنهما انه للباقي منهما وقد تنبه له الشارح وقال انه يجب وقفه على محله لو كان مرفوعا وقال ابن عبد البرإذا صار للباقي منهما فإنه يرث أخوته من الميت ولا يرثونه ولا يحجبهم أبوه الحي ويرثهم هو لأنه أخوهم ويكون ميراثه للباقي وعقله عليه فإذا مات الآخر من الأبوين صار عقله وميراثه للأخوة من الأبوين جميعاً انتهى

لا يبقى له نسب راسا وذلك مخالف لقياس الاصول ولو كان الحديث عن النبي صلّى الله عليّه وآله وسلم لوجب وقفه على محله لئلا يهدم الاصول كما عرف في الاصول ، هذا اذا اتفق الشركا حرية واسلاما ﴿ **فان اختلفوا** ﴾ حرية ورقا ومثال ذلك ما اذا اشترك ذمّيان في امة ذمية فوطياها ثم لحق احدهما بدار الحرب فسبي ثم اسلم ثم تداعيا الولد بعد ذلك ﴿ **فللحر** ﴾ يحكم به ﴿ **دون العبد** ﴾ قال في الاحكام لان الولد [١] اذا لحق بالعبد استرق ولا يتمشى الا على تقدير انه سبي مع المسبي لا على تقدير بقائه في دار الذمة وهي دار الاسلام فانه لاوجه للحكم باسترقاقه وان حكم به للمسبي ولهذا قال الوافي وابو طالب يحكم به حينئذ للعبد لانه مع كونه محكوما له بالحرية يستفيد حكم الاسلام فيجمعهما كما لو كانت الامة مسلمة فانه يلحق بالحر الكافر [*] اتفاقا لحصول الفايدتين وبهذا تعرف ضعف اطلاق قول ﴿ **المؤيد بالله** ﴾ انه يحكم به للحر ﴿ **ولو** ﴾ كان العبد ﴿ **مسلما** ﴾ والحر كافرا ﴿ **ثم** ﴾ اذا استويا حرية أو عبودية[٢] فانه يحكم به ﴿ للمسلم ﴾ قال المصنف بلا خلاف إلا أن ههنا بحثاً وهو أن هذا. ان كان ترجيحا فالترجيح انما يكون بما يقوى ظن وقوع احد السببين في الخارج على ظن وقوع الاخر والترجيح بالفايده لا يقوى ظن كون الولد عن ماء المسلم وكون الاسلام فائده حاصلة للولد لا يبطل سببية فراش ابيه والا لوجب الحكم للمسلم بولد الكافر اذا ادعاه المسلم بلا

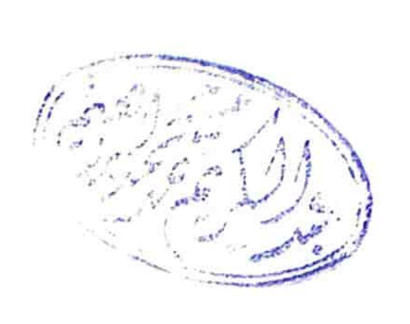
---

(١) **قوله** : لان الولد اذا لحق بالعبد . . . الخ ، **اقول** : وفي البحر يلحق بالحر ليستفيد الحرية ، قال في المنار لايتبين لي من أي انواع الاستدلال هذا الترجيح فان قيل من حيث ان الواجب رعاية مصلحته بسقوط حق أحد المتداعيين يحتاج إلى دليل ولو كان هذا يكفي لما خير النبي صلّى الله عليه وآله وسلم الصبي بين ابيه وامه فان نظره كان اصح من نظر الصبي حتى انه خير صبيا وقد علم ان الخير له في الكون مع ابيه المسلم فلما هش الى امه قال صلّى الله عليّه وآله وسلم اللهم اهده فرجع الى ابيه فما ارا هذا الترجيح المجرد إلا من المصالح المرسلة انتهى . وقد أفاده الشارح في بحثه الآتي إلا أنه جعل بحثه في الصورة الثانية ولايخفى انه يجري فيهما وفي الاستذكار لابن عبد البر ما لفظه ولو كانت الامة بين مسلم وذمي فجاءت بولد فادعياه جميعا فانه يجعل ابنا للمسلم منهما ويضمن نصف قيمة الامة لشريكه ونصف العقر وقال زفر يكون بينهما ويكون مسلما وقد روى ذلك عن ابي حنيفة واختاره الطحاوى انتهى . قلت وعلى القافه لايرد اشكال بل يلحقه القايف لمن صحت القيافه فالعمل بها اولى من الاجتهاد من على عليه السلام وعمر رضّي الله عنه لانه قد ورد بها احاديث مرفوعة كما قدمنا .

(٢) **قوله** : لكن أحدهما مسلم والآخر كافر تمت.

. . . .

(★) يعنى : في الحرية ويستعد الاسلام من المسلمة كما سيأتي .



فراش له لحصول فائدة الولد واما الاحتجاج بلن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيــلا وحديث الاسلام يعلو ولا يعلى عليه فلا يفيد في اهدار الاسباب والالزم ان لا يصح اشتراك مسلم وكافر في قيمي ولا مثلي وان لا يجب على المسلم تسليم نصيب شريكه الكافر ولا تسليم ثمن مبيعه ولا قضادينه ونحو ذلك مما ربط باسباب يتساوى المسلم والكافر في لزوم مسببها .

باب الفراش



بسم الله الرحمن الرحيم
[الفاتحة الى روح من اوقف هذا الكتاب العلامة عبد الكريم محمد ابراهيم ١٨ ١٤١٤هـ ٢١٤٨٧]

الاصل فيه ما في الصحيحين من أن سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة تنازعا في ولد امة زمعة الذي ادعاه عتبه بن ابي وقاص واوصى اخاه سعدا باستلحاقه فلما قال عبد هو اخي وابن وليدة ابي ولد على فراش ابي قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر فقال المصنف في تفسيره اي متى ثبت الفراش بنكاح أو ملك لحقه الولد والا فعاهر اي زان (١) يستحق الرجم بالحجر انتهى ولا يخفى ان ذلك من مجاز الحذف اي الولد لمـالك الفراش ، أما الحقيقي (٢) او المجازى اعنى الامة المشبهة بالفراش بجامع كون المفترش فوقهما لكن ملك الفراش الحقيقي لا يستلزم لحوق النسب فتعين أن يكون المراد مالك الفراش المجازى وهو الزوجة او الامة جزء علة لحوق النسب لان الدعوة جزءا اخر كما سياتي وبعد هذا نعلم انه ﴿ **انما يثبت للزوجة** ﴾ كونها فراشا ﴿ **بنكـاح** ﴾ لا ينطلق على الوط به اسم العهر الذي هو تعمد الفجور والزنا لان الحديث قابل بينهما فكان ما خلى عن العهر فراشا سوا حصل بنكاح ﴿ **صحيح أو فاسد** ﴾ وقد عرفتهما مما سلف و ﴿ **امكن الوط فيهما** ﴾ ايضا لا لو علم تعذره باى موانع اتصال الزوجين منذ العقد الى الوضع خلافا لابى حنيفة معتبرا للمظنة وان انتفت المئنة ، واجيب بمنع كون المظنة مجرد العقد بل العقد مع امكان الوط فان انتفا مشقة السفر على الملك المترفه لم يكن مع انتفا امكان المشقة وان كان مع انتفا المشقة ففرق بين انتفا المئنه وانتفا امكانها والذي لا يضر المعلل انتفا المئنه لا انتفا امكـانه فانه (٣) مبطل

باب الفراش

(١) **قوله** : اى زان يستحق الرجم : اقول : في المنار بل المعنى فعل الحجارة في فيه كناية عن الخيبة ويحتمل الرجم والاول اظهر بعمومه لكل زان ولاقتضا المقام ونظم الكلام انتهى . وقلت وفي معالم السنن يفهم اكثر الناس ان معنى الحجر هنا الرجم بالحجارة وقيل ليس كذلك لانه ليس كل زان يرجم وانما معنى الحجر هنا الحرمان والخيبة .

(٢) **قوله** : أما الحقيقي أو المجازي ، أقول : في القاموس ان الفراش زوجة الرجل قيل ومنه فرش مرفوعة والجاريه يفترشها الرجل . انتهى . وظاهره انه حقيقة في موطوة الانسان وان كان يخلط الحقايق بالمجاز وعبارة الشارح لا تخلو من قلق وتدافع .

(٣) **قوله** : فانه مبطل لوصفها بالمظنة ، أقول : لا شك ان معنى المظنة هنا محل الظن بعد مئنة علة الحكم فاذا تيقن عدم المئنة كما هنا بطلت المظنة لانها لم تعتبر الا لما يثيره المئنه ولا ظن مع يقين العدم فان =

لوصفها بالمظنة ضرورة ﴿ **او** ﴾ حصل الفراش بنكاح ﴿ **باطل يوجب المهر** ﴾ كالذي يدخل الزوجان فيه جاهلين لبطلانه(١) إلا أن في ذلك بحثا وهو أن المراد بثبوت الفراش ان كان استحقاق الوط فظاهر الانتفا في النكاح الباطل وشبهة الملك وان كان المراد بثبوت الفراش مجرد ثبوت النسب فدور لان بثبوت النسب فرع ثبوت الفراش ولانه لا يبقى وجه لقوله ﴿ **غالبا** ﴾ لانه احتراز عما لو علمت المراة التحريم وجهلة الزوج فانه يلحق النسب ولو لم يجب المهر ولا استحقاق الوط ، ثم لا بد في الباطل من ان يكون الزوجان ﴿ **تصادقا على الوط فيه** ﴾ لكن فيه بحث وهو ان العقد وامكان الوط ان كان مظنة في الباطل فلا حاجة الى التصادق

= الملك المترفه الذي يسار به في محفه نصف فرسخ مثلا لا يحصل يقين انتفا المشقة عليه بل هي مظنونه وقد بسط في الاصول ولا يخفى ان ابا حنيفة لا يعتبر المظنة هنا لانه لا يمكن اعتبارها هنا فانه اثبت الفراش ولحوق النسب مع تيقن عدم المئنة ومعلوم انه لا يظن المطر مع صحو السماء وبروز الشمس وعدم تلبسها بالغيم احد وانما جعل نفس العقد سببا لثبوت الفراش جمود امنه كجمود الظاهرية في مواضع كقول ابن حزم في حديث والبكر اذنها صماتها انها لو نطقت ما كان اذنا منها وعبارة ابن القيم في الهدى ان ابا حنيفة يقول ان نفس العقد وان علم انه لم يجتمع بها بل لو طلقها عقيبه في المجلس تصير به الزوجة فراشا انتهى فهو صريح انه لا يلاحظ مظنة اصلا وفي الغيث قال ابو حنيفة امكان الوط ليس بشرط بل يلحق به وان علم انه ما وطى بان يكون بينه وبين الزوجة مسافة طويلة او يكون محبوسا يعلم انه ما وصلها او طلق عقيب عقده بحصرة الحاكم وجاءت بولد لستة اشهر فانه يلحق به عنده في هذه الصور كلها واخذ بظاهر الحديث الولد للفراش ، قال والفراش اسم للزوج انتهى . وقال ابن القيم اختلفت الفقهاء فيما تصير به الزوجة فراشا على ثلاثة اقوال احدها انه بنفس العقد وان علم انه لم يجتمع بها ولو طلقها عقيبه في المجلس وهذا مذهب ابي حنيفة والثاني انه العقد مع امكان الوط وهذا مذهب احمد والشافعي والثالث انه العقد مع الدخول المحقق لا الامكان المشكوك فيه وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية ، وقال ان احمد اشار اليه ثم قال وهذا هو الصحيح المجزوم به والا فكيف تصير المراة فراشا ولم يدخل بها الزوج ولم يبن بها بمجرد امكان بعيد وهل يعد اهل العرف واللغة المراة فراشا قبل البنا بها وكيف تاتى الشريعة بالحاق نسب من لم يبن بامراءته ولا دخل بها ولا اجتمع بها بمجرد امكان ذلك وهذا الامكان قد يقطع بانتفائه عادة فلا تصير المراة فراشا الا بدخول محقق انتهى . واشار المنار الى اختياره وتعجب من تطبيق الجمهور على خلافه ، قال ومن اين لنا الحكم بالدخول بمجرد الامكان فان غايته انه مشكوك فيه ونحن متعبدون في جميع الاحكام بعلم او ظن والممكن اعم من المظنون ، قلت وهذا هو الحق الذي لا تسكن النفس الى سواه ، واما الشارح فاختار كلام المصنف كما ترى .

(١) نحو ان يتزوجها في العدة جهلا تمت .

لاستقلال المظنة بالحكم والا لزم اعتباره في الصحيح والفاسد وان لم يكونا مظنة فلا تأثير للمئنة لوجودها في الزنا وحاصله وورد(*) النقض (١) المكسور وجوابه صعب هنا ، واما كون الفراش لا يثبت في صحيح ولا فاسد ولا باطل الا اذا كان امكان الوط في الصحيح والفاسد ووقوعه في الباطل حاصلين ﴿ مع بلوغهما ﴾ فلان انتفاءه يحقق انتفا المظنه فلو قال بنكاح صحيح او فاسد امكن الحمل منه لكفاه عن ذكر البلوغ ﴿ و ﴾ عن اشتراط ﴿ مضى اقل مدة الحمل ﴾ منذ امكان الوط في الصحيح والفاسد ووقوعه في الباطل الى الوضع الطبيعي اما اذا وضعت لدون سته اشهر لعارض سبب اوجب خروج الولد فانه يلحق بالزوج الا ان يعيش فان ذلك يدل على تقدمه على فراش الزوج ، هذا تفصيل فراش الزوجة ﴿ و ﴾ اما ثبوت الفراش ﴿ للامة ﴾ فانما يثبت ﴿ بالوط في ﴾ حال ﴿ ملك ﴾ لها ﴿ او شبهة ﴾ (٢) كما تقدم ﴿ مع ذينك ﴾ الشرطين في فراش الزوجة وهما كون الوط مع بلوغهما

(١) **قوله** : النقض المكسور اقول حاصله ان العلة اما المجموع او الباقي وكلاهما باطل فالمجموع للالغا والباقي للنقض فان وجد في الباطل بعض اوصاف العلة وهي العقد وامكان الوط ولم يوجد الحكم الذي هو ثبوت الفراش فان كان لان الوط نفسه بعض اوصاف العلة فلا حكم لمظنة وهي امكان الوط ولكن العلة هي العقد وتحقق الوط والجواب المعروف عنه في الاصول بانه لا يلزم من عدم علية البعض عدم علية الجميع لا يتمشى هنا ولذا قال ان جوابه صعب هنا والمصنف قد اشار الى الايراد ودفعه فقال ولم يكتفوا في الباطل بامكانه بل اشترطوا حصوله لان الباطل ليس فيه عقد يصح على وجه من الوجوه فلم يلحق في القوة بالصحيح والفاسد فوجب اعتبار الوط ذكر ذلك في اللمع انتهى . قلت هكذا في الغيث والقياس اعتبار التصادق ولا يخفى انه لا يندفع به الايراد .

(٢) اي شبهة الملك كامة الابن تمت .

(*) **حاصل النقض المكسور** هو ان يظن المستدل ان لبعض الاوصاف تاثيرا في الحكم فيجعله جزا من العلة ويظن المعترض انه لا تاثير له فيسقطه ويكسر الباقي من الاوصاف وجوابه ان يبين المستدل ان للوصف الذي اسقطه المعترض تاثيرا في الحكم مثاله هنا ان يقول المستدل العقد الباطل في النكاح يثبت به الفراش بشرط امكان الوط والمصادقة من الزوجه على الوط فيقول المعترض لا حاجة الى اعتبار التصادق لاستقلال العقد وامكان الوط اللذين هما مظنة بدليل استقلالهما في العقد الصحيح والفاسد وانكسرت حينئذ العلة فيهما والجواب ان للوصف الذي اعتبرته وهو اشتراط المصادقة على الوط تاثيرا وهو ان العقد الباطل ضعيف لا يقوى ان يكون مع امكان الوط مظنة بخلاف العقد الصحيح والفاسد فانهما لقوتهما كفا معهما امكان الوط في كونهما مظنة وحاصل الجواب ابدا الفرق بين ما اعتبرت فيه المصادقة وبين ما لم تعتبر فهذا ما اشار اليه الشارح المحقق رحمه الله تعالى بقوله وحاصله ورود النقص المكسور وجوابه صعب والله اعلم . نقل من خط شيخنا العلامة لطف البارى بن احمد الورد رحمه الله تعالى .

ومع مضي اقل مدة الحمل ﴿ و ﴾ مع ﴿ الدعوة ﴾ من المالك لولد [١] الامة ايضا وقال مالك والشافعي واحمد واسحاق والاوزاعي يكفي اعترافه بالوط احتج [٢] المصنف بانه لو ثبت فراشها بمجرد الوط لزم بارتفاعه العده كاملة كالحرة لاستوا الفراشين ولزمت العده ايضا لو اخرجها عن ملكه لزوال استباحة بضعها كالحرة انتهى . واجيب بجوابين احدهما منع [٣] الملازمتين مسند ابان علة كمال العده هو الفراش [٤] مع الحرية والا كان مشترك الالزام لانكم لا تجعلون عدة ام الولد كعدة الحرة ، وثانيهما ان النبي صلىٰ الله عليه وآله وسلم قضا [٥]

---

(١) **قوله** : لولد الامة ايضا ، أقول : ينبغي حذف ايضا او معنا كما يدعى ولد الحره وهو غير شرط فيه اتفاقا .

(٢) **قوله** : احتج المصنف ، اقول : اى في البحر وفي الغيث فان قلت هلا كان امكان الوط كافيا في الامة كالزوجة قلت عقد النكاح انما يحصل به جواز الوط ولا غرض في النكاح سواه فكان امكان الوط كافيا بخلاف تملك الامة فقد يكون الوط وقد يكون لغيره فلم يكن امكان الوط كافيا في ثبوت الفراش انتهى .

(٣) **قوله** : منع المتلازمين ، أقول : اي لزوم الثبوت بمجرد الفراش للعده الكاملة عند ارتفاعه ولزوم العده لو اخرجها عن ملكه .

(٤) **قوله** : هو الفراش مع الحرية ، أقول : قال في المنار ردا على المصنف هذا الالزام غير لازم لان ثبوت العده الكاملة لم يكن لكمال ثبوت الفراش بل لمعرفة خلو الرحم ولحكم اخر قد ذكرناها فهذا قياس ساقط مجرد تخمين للجامع انتهى . وكلام الشارح ايضا قويم في الالزام لانه يقول ان لم يكن الفراش مع الحرية هو العلة كان العلة الفراش فقط وقد ثبت لام الولد والحرة فيلزم انه تكون عدتهما واحدة ولا يقولونه .

(٥) قوله : قضى بالولد لعبد بن زمعة ، اقول : الحديث في الصحيحين عن عايشة رضى الله عنها قالت اختصم سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد يا رسول الله هذا ابن اخي عتبه بن ابي وقاص عهد الى انه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعه هذا اخي يا رسول الله ولد على فراش ابي من وليدته فنظر رسول الله صلىٰ الله عليه وآله وسلم فراى شبها بينا بعتبه فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللطاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم ير سوده قال ابن القيم رحمه الله صريح حديث عايشة رضى الله عنها ان النبي صلىٰ الله عليه وآله وسلم قضى بالولد لزمعه وصرح بانه صاحب الفراش وجعل ذلك علة الحكم بالولد له فسبب الحكم ومحله انما كان في الامة فلا يجوز اخلا الحديث عنه وحمله على الحرة التي لم تذكر قط البته ، وانما كان الحكم في غيرها فان هذا يستلزم الغا ما اعتبره الشارع وعلق الحكم به صريحا وتعطيل محل الحكم الذي كان لاجله وفيه ثم لو لم يرد الحديث الصحيح به لكان هو مقتضى الميزان الذي انزله الله تعالى ليقوم الناس بالقسط وهو التسوية بين =

بالولد لعبد بن زمعة ولم يدعه [١] الواطى وهو ابوه ، قلنا انما حكم له بملكه بدليل [٢] قوله صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم واحتجبى منه يا سوده «اذ لو كان اخالها لما امرها بالاحتجاب منه ، واجيب بان تنازعهما في النسب وقد قرر صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم عبدا على دعواه وحكم له على وفق دعواه ولو لم يكن نسب لبينه لان المقام مقام تعليم واما امر سودة بالاحتجاب منه فانما كان تورعا [٣] للاحتياط كما في حديث عقبه بن الحرث عند البخارى والترمذى والنسائى انه تزوج ام يحيى بنت ابي اهاب بن عزيز فقالت ثوبيه اني قد ارضعتكما قال فذكرت ذلك للنبي صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم فقال دعهمـا عنك فقلت انها كاذبة فقال كيف وقد قيل انتهى . مع ان [٤] شهادة المرضعة لا تقبل لانها تشهد لامضا فعلها كما سياتي ان شاء الله تعالى وسياتي في اللعان حديث لولا اللعان لكان لى ولها شان وقول بعض اصحابنا بحرمة نكاح الرجل ابنته من الزنا بالجملة اعتبار المظنة لفصل الخصومات لا ينافيه اعتبار المينة للديانات .

= المتماثلين فان السريه فراش حسا وحقيقه كما ان الحره كذلك وهي تراد لما تراد له الزوجة من الاستمتاع والاستيلاد ولم يزل الناس قديما وحديثا يرغبون في السراري لاستيلادهن واستفراشهن والزوجة انما سميت فراشا لمعنى هي والسريه فيه على سواء انتهى .

(١) **قوله** : ولم يدعيه الواطى ، أقول: قد ادعاه اخوه بانه ابن ابيه فدل على صحة دعوة غيرالواطى .

(٢) **قوله** : بدليل قوله .. الخ ، أقول : وقالت الحنفية يدل له ان في بعض الفاظ الحديث هو لك عبد واجيب بانه لو ثبت لكان منادي محذوف حرف ندائه ولكنه يرده ما في صحيح البخارى في هذا الحديث هو لك هو اخوك يا عبد بن زمعه وليست اللام للتمليك بل مثلها في الولد للفراش يفيد الاختصاص ولانه ينافيه قوله صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم عقيبة الولد للفراش غاية المنافاه ويرده ايضا قول عبد هو اخي وابن وليدة ابي ولد على فراشه ولم ينكر صلّىٰ الله عليّه واله وسلم من ذلك عليه لفظه واحدة ويرده ايضا انه يكون جوابه في غير محل النزاع لأنه لا منافاه بين ملك ابن زمعه له ولحوق نسبه بعتبه والحاصل انه لا دليل لمن اشترط الدعوة اصلا ثم انه يلزمهم ما يحكى عن الناصر عليه السلام من انه لا بد من الدعوة لكل بطن على حدة كما ياتي .

(٣) **قوله** : تورعا للاحتياط ، اقول ذكر ابن القيم هذا الجواب ثم قال او يكون مراعاة للشيئين واعمالا للدليلين فان الفراش دليل لحوق النسب والشبه بغير صاحبه دليل نفيه فاعمل نفى الفراش بالنسبة الى المدعى لقوته واعمل الشبه بعتبه بالنسبة الى ثبوت المحرميه بينه وبين سوده وهذا من احسن الاحكام وابينها واوضحها ولا يمتنع بثبوت النسب من وجه دون وجه انتهى . وهو على القول يكون القافه طريقا وقد تقدم الكلام فيه .

(٤) **قوله** : مع ان شهادة المرضعة .. الخ اقول سياتى البحث في هذا ان شاء الله تعالى .

﴿ فصل ﴾

﴿ و ﴾ اذا اثبت الفراش فكل **﴿ ما ولد قبل ارتفاعه ﴾** بذهاب الزوجيه او الملك **﴿ لحق بصاحبه ﴾** ودعوة اول من ولد من الامة كافية عن دعوة الاخر وقال الناصر لا بد من دعوة كل ولد متجدد لنا ان الامة بالاعتراف باستيلادها اشبهت الحرة في عدم جواز بيعها فكان لها حكمها في الفراش (١) واجيب بان الحرة ايضا لا يثبت نسب ولدها الا بالاعتراف والا جاز نفيه باللعان **﴿ قيل ﴾** ودعوة اول ولد من الامة كافية في استمرار فراشها **﴿ وان تعدد ﴾** مالك الفراش . **﴿ كالمشتركة والمتناسخه ﴾** ببيوع كلها وقعت **﴿ في طهر ﴾** واحد قد **﴿ طيها كل ﴾** من البايعين **﴿ فيـه قبل بيعه وصادقهم ﴾** المشترى **﴿ الاخر وادعوه ﴾** اى الولد **﴿ معا ﴾** قال المصنف والصحيـح ان غير الولد (٢) الاول لا يلحق الا بدعوة .

قلت اما في المشتركة فالصحيح ما في القيل لبقا سبب الفراش وهو الملك الثابت لكل واحد واما (٣) في المتناسخه فزوال ملك غير المشترى الاخر للفراش قد منع من لحوق غير الولد الاول به وان ادعاه ايضا وعلى ما حققناه لاوجه لذكـر القيـل لان النزاع ان كان في لحوق ما حدث عن وط في غير فراش فالحق منع اللحوق وهو اتفاق وان كان في لحوق ما حدث عن وط فراش فالحق اللحوق وهو اتفاق ايضا لكـن ذلك يعود الى قوله **﴿ فان اتفق فراشان مترتبان ﴾** لا كفراش المشتركة بل كما لو تزوجت امراة المفقود بعد الحكم بموته ثم انكشف

فصل وما ولد قبل ارتفاعه .

(١) **قوله** : واجيب بان الحرة . . الخ ، أقول : لا يخفى ان الحرة يثبت نسب ولدها بالفراش على ما سلف ولا يحتاج الى اعتراف واما جواز نفيه فلا ينافى ذلك الاصل ثم ان هذا منه تقوية للقول بانه لا بد من الدعوة لكل بطن واسلف قريبا اختيار عدم شرطها راسا .

(٢) **قوله** : واما في المناسخة . . الخ اقول : هذا كلام قويم الا ان شارح الاثمار صور المسألة هكذا في المناسخه انه باعها مالكها من اخر ثم باعها الاخر ثم كذلك وباعها هؤلاء كلهم في طهر واحد من غير استبرا وقد وطيها كل واحد فيه اى في ذلك الطهـر قبل بيعه اياها وصادقهم الاخر وهو الذي اشتراها اخرهم على انهم وطيوها قبل البيع منه فان المتناسخة على هذه الصفة التي ذكرنا اذا جات بولد فادعوه معا اي ادعاه المتناسخون لها كلهم حين علموا به فانه يلحق بهم جميعا انتهى . فبهذا التصوير صح فرض المسألة .

(٣) في المشتركة والمتناسخة تمت .

رجوعه وقد اتت بولد ﴿ **فبالاخر** ﴾ يلحق ﴿ **ان امكن** ﴾ لحاقه به وحده بان تاتي به لستة اشهر من وط الثاني بعد اربع سنين من غيبة الاول او امكن لحاق ايضا بهما كما لو اتت به لسته اشهر من وط الثاني قبل اربع سنين من غيبة الاول وقال ابو حنيفة بل يلحق بالاول في الصورة الثانية ، لنا ان فراش الثاني اجد قالوا وفراش الاول اصح .

قلت نكاحها بعد مضي مهلة العنين من غيبة الاول فسخ فلا فراش له بعد مضى عدة الفسخ فما حصل بعد مضي ستة اشهر من تمام عدة الفسخ فهو للثاني ﴿ **والا** ﴾ يمكن الحاقه بالثاني ﴿ **فبالاول ان امكن** ﴾ كما لو اتت به لدون ستة اشهر من وط الثاني ولدون اربع سنين من غيبة الاول ﴿ **والا** ﴾ يمكن الحاقه بايهما ﴿ **فلا** ﴾ يلحق ﴿ **ايهما** ﴾ كما لو اتت به لدون سته اشهر من وط الثاني (١) ولفوق اربع سنين من غيبة الاول (٢) ومثل نكاح امراة المفقود نكاح المعتده عن طلاق باين في انه يعتبر التقدير من وقوع الطلاق كما يعتبر في امراة المفقود من وقت الغيبه واما قول المويد بالله ان ما اتت به امراة المفقود لحق به ولو طالت المدة فلا يتمشى الاعلىٰ اصل الحنفية في اعتبار صورة المظنه وان استحالة (٣) المئنه ﴿ **واقل الحمل سته اشهر** ﴾ وادعى المصنف فيه الاجماع مسندا له الى (٤) دلالة الايما المفهوم من قوله تعالى «وحمله وفصاله ثلاثون شهرا» مع قوله تعالى «وفصاله في عامين» ﴿ **واكثره اربع سنين** ﴾ وقال الزهرى وابن ربيعة تسع وقال مالك والليث خمس وقالت عايشة وابو حنيفه سنتان وقال الامام يحيى ورواه عن المويد وابي طالب تسعة اشهر لنا وقوعه فان النفس الزكية لبث في بطن

---

(١) **قوله** : وان استحالة المئنة ، اقول : هذا اذا لم يكن قد ثبت الفراش بامكان الوط والا فليس مساويا لكلام الحنفيه .

(٢) فلها يلتحق بالثاني تمت .

(٣) فلا يلحق به تمت .

(٤) **قوله** : الى دلالة الايما ، أقول : فيه تسامح فانها من دلالة الاشارة كما بين في الاصول قالوا فانه يعلم من الايتين ان اقل مدة الحمل ستة اشهر قالوا ولا شك انه غير مقصود في الايتين بل قصد في الاولى بيان حق الام وما تلاقيه من مشقة الحمل وتوابعه وفي الاية الثانية مدة اكثر الفصال ولكن لزم منه افادة ما ذكره ولنا مناقشات على قولهم ان افادة ذلك غير مقصوده وكأنهم ارادوا غير مقصوده قصدا اصليا أوليا بل تبعا وثانيا والا فغير المقصود لا يعتد به ثم هو حكم على الله تعالى بانه لم يقصده فيما انزله وما لم يقصده لا يكون حجة وعلى الجملة فكلامهم دعوى لا برهان عليها .

امه اربع سنين حتى لم تلده الا وقد بدت ثناياه وهرم ، ابن حيان كذلك ذكره (١) ابن قتيبه في المعارف عن القتيبى قال ولذلك سمى هرما وتبعه ابن الجوزى في التنقيح وان كان ابن حزم ذكر في المحلى انه يروى انه بقى في البطن سنتين فيغنى عن ذلك ما اخرجه الدارقطنى من طريق الوليد بن مسلم قال قلت لمالك أني حدثت عن عايشة قالت لا تزيد المراة في حملها على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل(*) فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امراة صدق وزوجها رجل صدق حملت بثلاثة ابطن في اثنتي عشره سنه كل بطن في أربع سنين .

قلت هو منتهض على من قدره (٢) بدون الاربع لا على من قدره باكثر لان عدم العلم باكثر من الاربع ليس علما بعدم زيادته على الاربع ثم ان كان المراد ان يجعل الحكم للنادر عند

---

(١) **قوله** : ذكره ابن قتيبه ، اقول : ظاهر عبارته انه ذكر قصة محمد بن عبد الله وهو النفس الزكية وقصة هرم وليس كذلك انما ذكر الثانية ، واما قصة النفس الزكية فذكرها المصنف في البحر وقول الشارح ذكره ابن قتيبه في المعارف عن القتيبي فيه وهم عجيب فان القتيبي هو ابن قتبة ولفظ التلخيص قوله اي الرافعي وروى القتيبي ان هرم بن حبان حملت به امه اربع سنين ، قال ابن حجر هكذا ذكره ابن قتيبة في المعارف وزاد ولذلك سمى هرما انتهى وبه تعرف انه عبر الرافعي عنه بالقتيبي وابان بن حجر انه قتيبة وهو امر معروف عند العلماء يعبرون عنه تاره بهذا وتاره بهذا فوهم الشارح وظن انهما اثنان ثم ان المصنف استدل في البحر للمذهب بقوله افتى به اي بان اكثره اربع علي عليه السلام وهو توقيف انتهى . وكان الشارح لم يجد من اخرجه فتركه وعدل الى الاستدلال لهم بالوقوع كقصة الزكية لكنه يقال ومن اخرجها وان اوهم كلامه انه اخرجها ابن قتبة وغيره فهو صحيح كما عرفت وهرم بزنة كتف صحابي صغير وحيان بمهملة فمثناه تحتيه .

(٢) **قوله** : على من قدره بدون الاربع ، اقول : وعلى من قدره (١ .ح) بها ايضا والشارح قد اختار ان اكثره تسعة وان من اتت بوضع بعد تسع سنين فانه يدار عنها حد الزنا ولا يثبت به نسب ولا غيره وياتي بحث ان الخلاف شبهة اولا واختار في المنار ما اختاره الشارح من قول يحيى ومن معه وقال انه اعلال الاقوال الا انه نسب هذا على عايشة فقال والمروى عن عايشة ان المراة لا تزيد على تسعة اشهر ظل عمود المغزل قال فيكون كقول يحيى والمويد وابي طالب انتهى . قلت الذي في التلخيص عن عايشة قالت لا تزيد المراة في حملها على سنتين قدر ما يتحول عمود المغزل وقال انه اخرجه الدارقطنى =

. . . .

(*) اي انه بعد كمال السنتين في بطن امه لا يبقى من الزمان الا مقدار تحول ظل الغزل مبالغة في سرعة خروجه .

(١ .٢) اما هذا فهو منتهض دليلا له لا عليه فتامل .

اللبس فخلاف القواعد لان القاعدة حمل الفرد المجهول على الاعم الاغلب لا على النادر وانما النادر يسقط الحد لانه شبهة والحق قول الامام يحيى في غير الحدود وقول الزهرى وربيعه فيها لان الخلاف شبهة .

﴿ فصل ﴾

﴿و﴾ من أسلم أو دخل في الذمة من مشركي الكفار وتحته منكوحات فانه ﴿**انما يقر الكفار**﴾ بعد اسلامهم تسمية لهم باسم ما كانوا عليه مجازا لئلا يرد [1] تقرير الذمى كالمجوسي على ما لا يوافق الاسلام ﴿ **من الانكحة** ﴾ اي المنكوحات لانفس العقد لأنه واحد في الجاهلية والاسلام ولكن الجاهلية الحقت[2] النسب بمجرد الوط فلم يختلف

كما قاله الشارح والمصنف في البحر نسب إلىٰ عايشة هذا فاعترضه المنار بما ذكرناه عنه والصحيح مع المصنف كما عرفت مع ان صاحب المنار لم ينسب روايته عن عايشة الى مخرج وقد بسطنا اختيارنا لهذا الوجه الذي قال يحيى في رسالة جواب سؤال وذكرنا ما في هذه الروايات عن عايشة وغيرها من الاختلال .

فصل وانما يقر الكفار .

(١) **قوله** : لئلا يرد تقرير الذمى ، اقول : في شرح الاثمار ان الدخول في الذمة كالاسلام لايقر الداخلون فيها الا على ما يقر من اسلم منهم قال اذ من شروط الذمة التزام ما حكم به المسلمون قال ابو طالب يجب ابطال ما خالف شرعنا من ذلك وان لم يترافعوا الينا لانه منكر يجب انكاره ولا دليل في جواز اقرارهم عليه وقال في المنار ما لايقر المسلم عليه من المنكر لايقر عليه الذمى ما لم يدل على تقريرهم عليه دليل والاصل عدم جواز تقريرهم على باطل فاختار كلام ابي طالب وقال المويد بالله والامام يحيى لا يعترضون الا اذا ترافعوا الينا اذ قد اقروا على الكفر وهو اعظم قلت اقرهم الله تعالى عليه وامر باخذ الجزية وليس لنا القياس على ذلك ولعل الشارح اختار كلام المويد بالله (١ . ح) فاقتصر على ما ذكره .

(٢) **قوله** : الحقت النسب . . . الخ ، اقول : اخرج ابو داود من حديث عروة بن الزبير ان عائشة رضي الله عنها اخبرته ان النكاح كان في الجاهلية على اربعة انحا فذكر منها نكاح الاستبضاع وهو ان يقول . . . .

(١ . ٢) وعبارة الشارح ظاهرة في المناقضة فتامل اذ قوله او دخل في الذمة يشعر بكلام ابي طالب وقوله اخرى لئلا يرد تقرير الذمى . . . الخ يشعر باختيار كلام المويد والامام يحيى فتامل .

الاسلام والكفر الا في الفراش على[1] العقد وعدمه، فيجب أن تقصر منكوحاتهم ﴿ **على ما** ﴾ اى على منكوحات ﴿ **وافق الاسلام** ﴾ نكاحهم اياهن لا نحو نكاح منكوحة الاب المسمى عندهم بنكاح المقت وكذا الجمع بين الاختين وكذا نكاح المعتده ونحو ذلك مما خالف الاسلام ﴿ **قطعا** ﴾ ولا يشترط ان يوافق اجماع اهل الاسلام بل سوا وافق اجماعا ﴿ **أو اجتهادا** ﴾ من مجتهدى الاسلام وان خالف اخرين لانه وقع من الكافر في حال الجهل والجاهل يقر على ما فعله ما لم يخرق الاجماع كما عرفت الا ان هذا ينقض قوله فمن اسلم قوله فمن اسلم عن عشر عقد باربع لان الظاهرية مجتهدون وهم يقولون[2] بصحة نكاح التسع

= الرجل لامراته اذا طهرت من طمثها اذهبي الى فلان فاستبضعي منه ، يعتزلها زوجها ولا يمسها ابدا حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه فاذا تبين حملها اصـ زوجها ان احب وانما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد ونكاح اخر يجتمع الرهط دون العشرة فيدخلون على المراه كلهم يصيبها فاذا وضعت وجرت ليال بعد وضعها ارسلت اليهم ثم تجمعهم وتقول هو ابنك يا فلان تسمي من احبت منهم فيلحق به ولدها والثالثة يجتمع الناس فيدخلون على المراة لا تمنع من جاها وهن البغايا كن ينصبن على ابوابهن رايات علما فمن ارادهن دخل عليهن فاذا وضعت حملها منهم جمعوا لها ودعوا لها القافة ثم الحقوا ولدها بالذي يرون فالتاط ـ اي التصق ـ به ودعي ابنه لا يمتنع من ذلك الرابع نكاح الناس اليوم يخطب الرجل الى الرجل وليته فيصدقها ثم ينكحها هذا معنى ما في البخارى والسنن فلم يكن ما ذكره الشارح على اطلاقه في انكحة الجاهلية فانهم لم يلحقوا النسب بمجرد الوطء بل تارة بالقافة وتارة باختيار الموطوه لمن شاءت وتارة بمن لم يطا فان نكاح الاستبضاع يصيب المراة من ارادة الزوج ثم يعتزلها حتى يتبين حملها من الاجنبي فالواطي اجنبي والمخلوق من مآئه ينسب الى من المراة زوجته فهذا اثبات نسب لغير الواطي فجاء الاسلام فاقرهم صلّى الله عليّه وآله وسلم على انسابهم ولم يبحث عن كيفية نكاحهم وان اراد الشارح ان احد الانواع هو عقد الرجل لوليته مثل عقد اهل الاسلام كما قالت نكاح الناس اليوم فهذا صحيح لكنه بعض انكحة الجاهلية كما عرفت هذا والمصنف ما اراد بقوله من الانكحة الا العقود كما قال اقررناهم على العقد الذي وقع في الشرك اذا كان العقد موافقا لنكاح الاسلام انتهى . والظاهر مع المصنف فان اطلاق النكاح على المنكوحات ان صح مجاز لا مقتضى له وقوله ان العقد واحد فيه بحث اشرنا اليه ثم بعد هذا فالمآل في المعنيين واحد .

(١) **قوله** : على العقد ،اقول : اي عقد النكاح او عقد الملك وما ذكر معه من امكان الوطا وتحققه في غير عقد النكاح او في الملك وقد اطلق الشارح العقد على معنييه عقد النكاح والملك .

(٢) **قوله** : يقول بصحة نكاح التسع ،اقول : يقال قد ثبت حديث غيلان كما اسلفناه وظهر خطا الاجتهاد في ذلك ان صح عن الظاهرية فالتاسي بالنبي صلّى الله عليّه وآله وسلم في الزامه تسريح ما عدا الاربع

﴿ فمن اسلم عن عشر ﴾ منكوحات ﴿ واسلمن معه ﴾ ايضا والا انفسخ نكاحه كما تقدم ﴿ عقد [١] باربع ان جمعهن ﴾ اي العشر ﴿ عقد ﴾ واحد لانه باطل وقال مالك ومحمد والشافعي واحمد لا يحتاج الى عقد ثان بل يمسك اربعا لنا انه عقد خارق للاجماع فلا يصح قالوا تركة صلّى الله عليّه وآله وسلم للاستفصال عن كون العشر بعقد او بغير عقد عند قوله امسك اربعا تعميم وتسوية بين ان يكون بعقد او بعقود وبين الاول والاخر .

قلنا [٢] العموم من صفات الالفاظ والترك ليس بلفظ ، قالوا اربعا مطلق والمطلق في الاثبات يعم بالقرينه كما في تمرة خير من جرادة وايضا المقام للتعليم فلو كان المامور به خاصا والمطلق

هو اليقين دون التاسي بالظاهرية فعلينا الزام من اسلم بما الزمه النبي صلّى الله عليّه وآله وسلم وايجابه عليه ولا يضرنا انه قال قايل بخلافة والمصنف قد تعرض لهذا وقال لعلهم بنوا انه قد انقرض خلاف داود في هذه المسألة ووقع الاجماع من بعده انتهى . وقد ابنا في رسالة غاية التحرير في رد قولهم ليس على مختلف فيه نكيران هذه الخلافات الخفية الدليل لا يلتفت اليها مع وضوح دليل خلافها وسقنا هنالك الادلة بما لا يبقى لمصنف في صحة ما حققناه تعله ثم كان هذا منا مبنيا على قبول رواية المصنف والشارح عن الظاهرية في جواز نكاح التسع ثم وجدنا كلام ابي محمد بن حزم امام الظاهرية مصرح بتحريم الزيادة على الاربع ولم يذكر خلافا في ذلك وقد قدمنا كلامه وتحقيق المسألة بحمد الله معها .

(١) **قوله** : عقد باربع ، اقول : قد عدا اهل الاصول تاويل اهل المذهب لحديث غيلان بانه اريد العقد بهن من التاويلات البعيدة قال في الفصول ان كونه هنا من التاويلات البعيدة اظهر من قول من قال انه من المتوسط قال الشارح في شرحه لانه ينبني اي تاويله امسك اربعا بابتداء النكاح على ان الزيادة على الاربع في العقد يقتضي فساده وعلى ان الكفار مخاطبون حال كفرهم بالشرعيات وكلا الاصلين ممنوع انتهى . قالوا لانه خطاب لمن اسلم ولم يعرف شيئا من الاحكام فمثل ذلك في غاية من البعد اذ المقام يستدعى التوضيح لقرب عهده بالاسلام فالحق انه لا يعتبر العقد .

(٢) **قوله** : قلنا العموم . . . الخ ، اقول : الشافعي ذكر قاعدة له نقلت عنه في جمع الجوامع وغيره ولفظها ان ترك الاستفصال بنزل منزلة العموم في المقال قال الزركشي هذه العبارة عليها اعتمد الشافعي في صحة انكحة الكفار وفي الاسلام على اكثر من اربع فان غيلان اسلم عن عشر فامره صلّى الله عليّه وآله وسلم بامساك اربع ولم يساله عن كيفية ورود العقد عليهن في الجمع والترتيب فكان اطلاق القول دالا على انه لا فرق انتهى . وبه تعلم انه ليس من العموم الذي يقال فيه انه من صفات الالفاظ فانه في العموم المحقق الوارد باحد صيغه ، واما هذا فانه منزل منزلته في عموم الاحوال المشار اليها بقول الشارح بعقد او عقود وبين الاول والاواخر وبه تعرف ايضا بطلان قوله والمطلق يعم . . الخ اذا الكلام في عموم الاحوال واحسن منه قوله فلو كان المامور به خاصا اخا فانه ناهض في رد تاويل اهل المذهب .

لا يدل على المقيد لكان اخلا لا بالتبليغ ونسبته الى النبي صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم كفر وتفصيل الحق اسلفنا لك تحقيقه في موضعين من فصل المحرمات فارجع[١] اليه ان شئت ﴿ والا ﴾ يجمعهن عقد ﴿ **بطل** ﴾ من العقود ﴿ **ما فيه** الخامسة﴾[*] لما تقدم تحقيقه ايضا **فان التبس** ﴾ ما فيه الخامسة ﴿ **صح** ﴾ من العقود ﴿ **ما** ﴾ كان قد ﴿ **وطىء فيه** ﴾ قيل لانه قرينة على المتقدم عادية وفيه ان القرينة لا تصحح العقد وهو ظاهر ولا يجوز الوط ايضا الا على ما اسلفناه لك في الملتبسات بالمحرم من جواز التحري فيهن او على قول مالك والشافعي واحمد ومحمد لان الوط اختيـار لمـن يمسكها ﴿ **فان التبس** ﴾ العقد الذي وطىء فيه ﴿ **او لم يدخل** ﴾ فيـه بواحدة من العشر راسا ﴿ **بطل** ﴾ نكـاح العشر كلهن في الصورتين ﴿ **فيعقد و** ﴾ لا وجه للحكم بالبطلان لانه انما يكون لاختلال شرط او ركـن والفرض ان بعض الأنكحـة مستكمل للشرايـط والاركـان وقد قدمناك في مسألة التباس المتقدم من عقد الوليـين ما اذا لاحظته هنا كنفعك[٢] ، فالوجه ما ﴿ **قيـل** ﴾ ـ القاضي زيـد ـ انه ﴿**يطلق**﴾ العشر كلهن ﴿**ويعقد**﴾ بأربع ان شاء كما سيأتي في لبس المطلقة من الزوجات وإذا لم يبطل العقد بل وجب التطليق ﴿**فيختلف حكمهن في المهر والميراث**﴾[**] بحسب اختلاف الدخول بالكـل او البعض والتسميـة وعدمها والفسخ او الطلاق . قبل

---

(١) **قوله** : فارجع له ان شئت ، اقول : هو ما تقدم له في تحريم الخامسة وفي قوله فان جمعهما عقد وحققنا ما عليه هنالك فارجع اليه ان شئت .

(٢) **قوله** : نفعك ، اقول هو ما اختاره من ان كل واحد منهما صار معيبا كالمحبوب بجامع امتناع الوطمنة فيكون لها الفسخ وينكح بعقد ثالث الا انه لا يناسبه قوله فالوجه ما قيل . . . الخ لانه جعل الطلاق اليه وهنالك جعل الفسخ اليها .

. . . .

(*) كان يتزوج امرتين في عقد وثلاثا في عقد بطل المتاخر منهما لان فيه الخامسة وان تزوج واحدة في عقد وستا في عقد وثلاثا في عقد بطل نكاح الست وصح الباقي .

(**) أما المهر فإن دخل بهن جميعاً لزم لكل واحدة نصف المسمى ونصف الأقل منه ومن مهر المثل لاحتمال كون عقدها صحيحاً او فاسدا فيحول فان لم يسم لهن استحقت كل واحدة مهر المثل لاجل الوط فان لم يدخل بايهن فللاربع مهران اربعا ولثلاث مهر ونصف بينهن اثلاثا تحويلا كما مر فان دخل ببعض دون بعض فقس على ذلك واما الميراث فنصفه بين الاربع ارباعا ونصفه بين الثلاث اثلاثا تحويلا حيث عقد باربع وثلاث وان عقد باثنتين وثلاث واثنتين فنصف الميراث بين الثلاث اثلاثا ونصفه بين الاربع ارباعا تحويلا فان كان احدى الاربع او الثلاث امة فنكاحها باطل والتحويل بين الحراير فقط على ما مر .

الدخول أو بعده وبحسب الموت والطلاق البائن أو الرجعي ومن استيقظ لما تقدم من أحكام المذكورات عرف تطبيقه على الحوادث الجزئيات فلا فائدة في اعادة ما سلف الا التطويل مع عدم امكان استقصاء ما يتصور من الفرضيات وقد ذكروا[١] منها ما لا يغني عما بقي والحق هو ما أسلفناه[٢] لك في الملتبسات بالمحرم وسيأتي تحقيقه في الملتبسات بالمطلقة ولا سيما إذا كانت المطلقة مثلثة فإنه مضيق لا خلوص منه الا بما سنحققه هنا لك إن شاء الله تعالى.

---

(١) **قوله** :وقد ذكروا منها ما لا يغني، اقول :وقد طول الاثمار وذكر طريقة الفقهاء والفرضيين فمن احبه راجعه وهو منقول من الغيث .

(٢) من جريان التحري فيهما كما في الانية الطاهرة والمتنجسة تمت

كتـــاب الطــلاق

﴿ انما يصح من زوج ﴾ حاله وقال ابن عباس يقع طلاق السيد على عبده ، لنا عليه ما رواه هو ايضا لحديث انما الطلاق لمن اخذ بالساق ابن ماجه والطبراني في الكبير وابن عدى والدارقطني، وأجيب بأن في اسناد ابن ماجة ابن لهيعة[١] ضعيف وفي اسناد الطبراني يحيى الجماني ضعيف واسناد ابن عدى والدارقطني ضعيـف من حديث عصمة بن مالك وابو سلم فعموم مخصوص بالقياس على صحة تصرف السيد فيما في يد العبد . تنبيه ذهب ابو حنيفة وقول للمويد الى وقوع الطلاق المشروط بالنكـاح قبله نحو اذا تزوجت فلانة فهي طالق .

لهم ان التعليق انما يكون بمستقبل اتفاقا وان نفوذ الجزاء انما يقع بوقوع الشرط وقد وقع الشرط وهو مالك للطلاق فيقع الجزاء ./

(١) **قوله** : ابن لهيعة ضعيف ، اقول : قد تقدم غير مرة بضعيفه وقد اضطربت كلمة الائمة فيه ، وهو ابو عبدالرحمن بن لهيعة قال الحافظ الذهبي في التذكرة الامام الكبير قاضي الديار المصرية ثم ذكر من روى عنه وله وان من روى عنه قبل احتراق كتبه كابن المبارك وغيره حديثهم عنه قوى وبعضهم يصححه قال ولا يرتـق الى هذا قال، ابن حنبل من كان مثل ابن لهيعة بمصر في كثرة حديثه وضبطه واتقانه وقال ابو داوود سمعت احمد بن حنبل يقول ما كان محدث مصر الا ابن لهيعة وقال احمد بن صالح كان ابن لهيعة صحيح الكتاب طلابا للعلم وقال يحيى القطان وجماعة انه ضعيف ، وقال ابن معين ليس بذاك القوى قال الذهبي ، قلت تروى احاديثه في المتابعات ولا يحتج به انتهى . واما يحيى الجماني ففي الذكرى انه وثقه يحيى بن معين وغيره وقال ابن عدي أرجو أنه لا بأس به وقال ابن حبان يكذب جهارا ويسرق الاحاديث ونسب هذا اللفظ في المغنى الى احمد بن حنبل قاله في المذكور وقد بينا في الروضة الندية رجحان قبوله ، واما عصمة بن مالك ففي التقريب انه صحابي وليس فيه بهذا الاسم ابن مالك الا هذا ولم اره في المغنى ولا في الخلاصة فالحديث حسن بانضيـاف هذه الروايـات بعضها الى بعض وينصره عمل الجمهور به قال ابن القيم حديث ابن عباس وان كان في اسناده ما فيه فالقران يعضده وعليه عمل الناس اراد قوله تعالى «اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن» وقوله تعالى «اذا طلقتم النساء» واما التخصيص بالقياس فالشارح من نفاة القياس فلا يتم له هنا .

واجيب بان الطلاق هو نفس التعليق ولم يقع في حالة ملكه ، قالوا يلزم عدم لزوم النذور المشروطة وغيرها ، قلنا المحل حال التعليق فيها قابل للمعلق بخلاف الطلاق المشروط فلا قبول للمحل وايضا حديث لا طلاق الا بعد نكاح ولا عتق الا بعد ملك اخرجه الحاكم في المستدرك مرفوعا ، وقال قد صح على شرط الشيخين من حديث ابن عمر وعايشة وابن عباس ومعاذ بن جبل وجابر انتهى . وفي الباب ايضا عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عند الترمذي وهو عند البزار بلفظ لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك وقال[١] الترمذي والبخاري اصح [١] شيء في الباب حديثه وحديث عايشة وفيه ايضا عن علي من طرق فيها [٢] بعض كلام وعن المسور بن مخرمة عند ابن ماجه باسناد حسن وعن ابي بكر وابي هريرة وابي موسى وابي سعيد وعمران بن حصين وغيرهم ذكر ذلك البيهقي في الخلافيات ، قالوا قال يحيى بن معين لا يصح عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم لا طلاق قبل نكاح وقال ابن عبدالبر روى من وجوه الا انها عند اهل العلم بالحديث معلولة ، قلنا بعضها شاهد لبعض فلا يقصر عن بلوغ الحسن وهو كاف وايضا هو عند الدارقطني من حديث زيد بن علي عن ابائه ان رجلا اتى النبي صلّى الله عليه وآله وسلم فقال يا رسول الله ان امي عرضت على قريبة لها ان اتزوجها فقلت ان تزوجتها فهي طالق فقال «هل كان قبل ذلك من ملك قلت لا قال لا بأس تزوجها» واورد الدارقطني ايضا من حديث ابي ثعلبه مثله قال قال عم لي اعمل لي عملا حتى ازوجك بنتي فقلت ان تزوجتها فهي طالق ثم بدا لي ان اتزوجها فاتيت النبي صلّى

---

(١) **قوله** : وقال الترمذي والبخاري ، اقول : في معالم السنن قال ابو عيسى يريد الترمذي سالت محمد بن اسماعيل البخاري فقلت اي شيء اصح في الطلاق قبل النكاح قال حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وسئل ابن عباس عن هذا فقرا قوله تعالى «يا ايها الذين آمنوا اذا انكحتم المومنات ثم طلقتموهن» ولم يقل اذا طلقتموهن ثم نكحتموهن وقد قرنه في حديث عمرو بقوله ولا بيع الا فيما يملك قال الخطابي لا اعلم خلافا انه لو باع سلعة لا يملكها ثم ملكها ان البيع لا يصح فيها وكذلك الطلاق اذا طلق امراة لم يملكها ثم ملكها .

(٢) **قوله** : اصح شيء في الباب حديثه . . . الخ ، اقول : لفظ الترمذي في حديث عمرو بن شعيب هو احسن شيء روى في هذا الباب انتهى ولفظ البخاري كما قال البيهقي قال البخاري اصح شيء فيه واشهره حديث عمرو بن شعيب وحديث الزهري عن عروه عن عايشة انتهى . ولا يخفى ان كلام الشارح مختل فيما نقله فتامل .

(٣) **قوله** : فيها بعض كلام ، اقول : فيه جو يبر وهو متروك كما في التلخيص .

الله عليّه وآله وسلم فذكر الحديث وان كان في الحديثين ضعف فهو منجبر بما تقدم ، ولا بد من صدوره من زوج ﴿ **مختار** ﴾ وقال النخعي وابن المسيب والثوري وعمر بن عبدالعزيز وابو حنيفة واصحابه يقع من المكره احتج المصنف بلا اكراه في الدين قال لانه لا يستقيم في نفس الاكراه لوقوعه في الدين فيجب حمله على نفي احكامه وهو ساقط لان قوله قد تبين الرشد من الغي ظاهر في نفس الاكراه ولان الدين اسم للعبادات والطلاق ليس بعبادة او اسم للاسلام ولا اكراه عليه لقبول الجزية من الكافر وانما الحجة حديث لا طلاق في اغلاق احمد وابو داوود وابن ماجة والبيهقي والحاكم وصححه من حديث عايشة زاد ابو داود وغيره ولا اعتاق وان ضعفه ابو حاتم بمحمد بن عبيد بن ابي صالح فقد اخرجه البيهقي من طريق اخرى ليس هو فيها وفسر الاغلاق علماء الغريب بالاكراه وفي سنن [1] ابي داود تفسيره بالغضب وكذا فسره احمد وقال ابو عبيدةالاغلاق التضييق . قلت وهو شامل للامرين والنفي في مثله ظاهر عند ائمة الاصول في نفي الصحة [2] فلا يصح طلاق الغضب كالمكره ولهذا قيل بعدم صحة حكم الحاكم في حال الغضب كما هو مقتضى الحكم بتحريمه المستلزم للفساد ، واما [3] قول ابن

---

(١) **قوله** : وفي سنن ابي داود . . . الخ ، أقول: قال أبو داود اظن الغضب وفي النهاية الاغلاق الاكراه لان المكره مغلق عليه في امره ومضيق عليه في تصرفه كما يغلق الباب على الانسان ومثل كلام ابن الاثير قال ابو عبيد وجزم احمد بن حنبل بانه الغضب وفسر ايضا بالجنون وفي الهدى هذه التفاسير ثم قال وقيل انه نهى عن ايقاع الثلاث الطلقات دفعة واحدة فيغلق عليه الطلاق حتى لا يبقى شيء كغلق الرهن قال شيخنا حقيقة الاغلاق انه يغلق على الرجل قلبه فلا يقصد الكلام او لا يعلم به كانه انغلق عليه قصده وارادته قلت قال ابو العباس المبرد الغلق ضيق الصدر وقلة الصبر حتى لا يجد له مخلصا قال شيخنا ويدخل في ذلك طلاق المكره والمجنون ومن زال عقله بسكر او غضب وكل من لا قصد له ولا معرفة له بما قال والغضب على ثلاثة اقسام احدها ما يزيل العقل فلا يشعر صاحبه بما قال وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع الثاني ما يكون مباديه بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول وقصده فهذا يقع طلاقه ، الثالث ان يستحكم ويشتد به فلا يزيل عقله بالكلية ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه اذا زال فهذا محل نظر وعدم الوقوع في هذه الحالة قوى متوجه انتهى . وهو كلام الامام يحيى الاتي وان خصه بالسكران فلا يخفى انه قد دخل في حديث الاغلاق .

(٢) **قوله** : في نفي الصحة ، اقول : تذكر ما مر له غير مرة من خلاف هذا وهذا هو الحق يرجع اليه عند الحاجة .

(٣) **قوله** : واما قول ابن السيد ، اقول : بكسر المهملة وسكون المثناه التحتية فمهملة وهو المعروف بالبطليوسي وهذا نقل لمعنى كلامه ولفظه في التلخيص انه قال لو كان كذلك يريد ان الاغلاق هو =

السيّد لو لم يصح طلاق المغضب لم يقع طلاق قط لان احدا لا يطلق الا لغضب فقوله ان احدا لا يطلق الا لغضب ظاهر البطلان ضرورة ان الطلاق للغضب نادر بالنسبة الى الطلاق للكراهة وغيرها من اسباب الطلاق فكيف يصح حصر السبب الاعم في الاخص هل هذا الا جزاف ولو سلم فمقابلة النص بمثل هذه الملازمة الباطلة مما لا ينبغي (١) ان تصدر من جاهل فضلا عن عالم ولم لا تكون علة النهى هي كون الغالب على الطلاق في الغضب والاكراه ان لا يصادف سنة الطلاق التي يجب تحرى مصادفتها لان الغالب وقوعهما اما في حيض او في طهر قد وطىء فيه فيكون طلاقا بدعيا منهيا عنه وعن مظنة وقوعه من الطلاق في الحالتين وعلى هذا يتبين (٢) الاغلاق الذي هو التباس وقت استقبال المراة لنوع عدتها وفي الباب عن علي وابن عباس ليس على مكره طلاق اخرجه البخاري وابن ابي شيبة وغيرهما وهو عن عمر في قصة الرجل الذي تدلى في حبل في يد امراته ليشتار عسلا (٣) فلما توسط الهوى قالت له طلقني والا قطعت الحبل فناشدها الله تعالى فلم ترض حتى طلقها فذكر ذلك لعمر فلم

الغضب لم يقع على احد طلاق لان احدا لا يطلق حتى يغضب انتهى فليس فيه قط ولا الا ولا ريب ان كلام ابن السيد فيه مبالغة وقول الشارح ان الطلاق بالغضب نادر غير صحيح ايضا فان العامة وهم اكثر الناس لا يوقعون الطلاق الا عند الخصام او الغضب وهو امر معروف وكثير منهم يجعل الطلاق عقوبة للزوجة اذا اغضبته حال غضبه والضابط في وقوعه وعدمه ما زال معه العقل فلا يشعر صاحبه بما قال كما يقع ذلك كثيرا لمن اشتد به الغضب .

(١) **قوله** : مما لا ينبغي ان تصدر من جاهل . . . الخ ، اقول : لا يخفى ان ابن السيد لم يقابل النص بما ذكر من الملازمة بل فسر الاغلاق بالاكراه وهو قول ابن قتيبة والخطابي ثم قال ابن حجر وقيل الغضب وقع ذلك في سنن ابي داود في رواية ابن الاعرابي وكذلك فسره احمد ورده ابن السيد وقال لو كان كذلك الى اخر لفظه الذي نقلناه واذا عرفت هذا بان ابن السيد رد تفسير الاغلاق بالغضب والزم قائله بهذا الالزام فما قابل به النص ولا اورده عليه بل قابل النص بالقبول وفسره بالاكراه لكن الشارح رحمه الله لا يعطي الكلام حقه من الفهم لمعناه فيقال له ما قال لابن السيد ان هذا مما لا ينبغي ان يصدر عن جاهل فضلا عن عالم .

(٢) **قوله** : تبين الاغلاق ، اقول : هذا تفسير منه للاغلاق بما تتعلق بعدة المراة .

(٣) **قوله** : ليشتار عسلا ، ل: بالتحتية المثناه فشين معجمة اخره راء مهملة في القاموس شار العسل شورا وشيارا الى قوله استخرجه من الوقبه واشتاره واستشاره والوقبه بفته الواو وسكون القاف وموحده قال فيه نقره في الصخرة يجتمع فيها الماء .

يجعله (١) طلاقا(١*) لكنه باسناد منقطع ، قالوا مثل هذه القصة لامراه نام زوجها فاخذت المديه فوضعتها على نحره وقالت ان لم تطلقني نحرتك بهذه فاستقال النبي صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم طلاقه فقال « صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم لا قيلولة في الطلاق» اخرجه العقيلي من حديث صفوان بن عمران (*) الطائي ، قلنا تفرد به (٢) صفوان(٢*) وان سلم فمحمول على (٣) من نوا الطلاق عند الاكراه لانه لم يكره على النية قالوا لَمْ تشترطوا النية في الصرايح كما سيأتي في الهازل ، قلنا الهازل مختار في ايقاع اللفظ لا المكره فلا قياس ولان اشتراط صدور التصرفات عن ﴿ **مكلف** ﴾ انما اشترط ليقع الفعل على وفق الرشد والمصلحة والصبي والمجنون والنايم والمكره ليست افعالهم على وفق رشد ولا مصلحة فكان كفعل الصبي وقد تقدم (٤) حديث رفع الخطا والنسيان والاكراه وحديث رفع القلم عن ثلاثة وبهذا (٥) تعرف ان لا صحة لقوله ﴿ **غالبا** ﴾ لانه احتراز عن طلاق السكران زعما انه يقع وان كان غير مكلف وقد منع وقوعه عثمان وعايشة وجابر بن زيد وعطا وربيعة وطاووس والقسم بن محمد والناصر واحمد بن يحيى وابو طالب وتخريج ابي العباس للقسم والطحاوي والبتي والليث والمزنى وداود وعكرمة

---

(١) **قوله** : فلم يجعله طلاقا ، اقول : وقد اخرجه ابو عبيد عن عمر بانه قال فرفع الى عمر فابانها منه قال ابو عبيد ولم يصح عن احد من الصحابة تنفيذ طلاق المكره سواء هذا الاثر عن عمر وقد اختلف فيه عنه والمشهور انه ردها اليه ولكن الشعبي وشريح وابراهيم يجيرون طلاق المكره .

(٢) **قوله** : قلنا تفرد به صفوان ، اقول : في المغني صفوان بن عمران الاصم عن صحابي في طلاق المكره قال ابو حاتم ليس بقوى .

(٣) **قوله** : على من نوى الطلاق . . . الخ ، اقول : للشافعية وجهان فيمن اكره على الطلاق فنواه الاول نفوذه لانه انما اكره على اللفظ لا على النية وقد قارنت النية اللفظ فوقع الثاني ان لفظ المكره لغو لا عبرة به ولا يخفى قوة الاول .

(٤) **قوله** : وقد تقدم حديث رفع . . . الخ ، اقول : وتقدم انه اخبار عن رفع الاثم لا عن رفع الاحكام الدنيوية انما الناهض ما تقدم من حديث الاغلاق كما حققه .

(٥) **قوله** : تعرف ان لا صحة ، اقول : نعم باعتبار الادلة لكن المصنف الف الازهار جمعا لاقوال من يطلقون انه المذهب فلا بد من الاتيان بقوله غالبا في جمعه لاقوال اهل المذهب .

. . . .

(١*) في الهدى فقال له ارجع الى امراتك فانه ليس هذا بطلاق وقال انه صح عن عمر .

(٢*) وضعفه في الهدى ايضا بالغاز بن حبله الراوي عن صفوان وبتدليس بقية الراوي عنه وقال قال ابو محمد بن حزم هذا خبر في غاية السقوط .

(*) في الهدى عمرو تمت .

وغيرهم قال الامام يحيى ان بلغ الى حد النايم والمغمى عليه فعدم وقوعه اتفاق وان لم يكن الا مجرد الطرب والنشاط بحيث لم يضع من عقله شيء فوقوعه اتفاق وان كان امره بين هاتين الحالتين فهي محل الخلاف لنا انه عقوبة له ، قالوا هو يحد ولا يجتمع [١] غرمان في مال ويدن قلنا زوال عقله انما يعلم من جهته فلا يقبل قوله في زواله لفسقه فالظاهر انه طلاق من اهله صادق محله ، قالوا اذا لم يعلم زوال عقله الا من جهته فليس من محل النزاع اذ النزاع فيمن عرف تغير عقله بفعل ما لا يصدر عن عاقل وربما يتوهم ان الفاظ الطلاق اسباب ثابته بخطاب الوضع وخطاب الوضع لا يشترط فيه التكليف ولهذا يضمن ما تلفه الصبي وبعض البهايم وهو [٢] وهم لان السبب الموضعي انما هو طلاق العاقل والشرط كما يكون للحكم التكليفي يكون للحكم الوضعي كما علم في الاصول والا وقع طلاق الصبي وعقوده وان لم يكن ماذونا ولا بد من ان يكون المطلق ﴿ **قصد اللفظ** ﴾ لا لو سبقه لسانه اليه ﴿ **في الصريح وهو ما لا يحتمل غيره** ﴾ ينبغي [٣] ان يراد لا يحتمل احتمالا مساويا كالمشترك لا مجرد الاحتمال ولو مرجوحا لانه لا ينتفي المرجوح راسا لان كل موضوع يحتمل التجوز به عن لازمه حتى العلم المفرد فانه يصح ان يقال جاني زيد وانما جاء كتابة او غلامه كما في وجار بك والملك ولهذا يوكد لدفع ذلك الاحتمال كما ذكره [٤] ائمة النحو على ان لفظ الطلاق وهو اصرح اسبابه متواطىء

---

(١) **قوله** : ولا يجتمع غرمان ، اقول : الاحسن ان يقال ان الله تعالى قد عين عقوبته فليس لنا الزيادة على ما عينه برأينا ولا نعلم انه جعل الطلاق من العقوبات في شيء من الاحكام وقد عد ابن القيم للقايلين بوقوعه سبعة مآخذ وزيفها كلها .

(٢) **قوله** : وهو وهم ، أقول: قال ابن القيم ولان القول بانه سبب يوجب ايقاع الطلاق في غاية الفساد والسقوط فان هذا يوجب ايقاع الطلاق ممن سكر مكرها او جاهلا بانها خمر وبالمجنون والمبرسم والنايم ثم يقال وهل يثبت لكم ان طلاق السكران سبب حتى يرتبط الحكم به وهل النزاع الا في ذلك .

(٣) **قوله** : ينبغي ان يزاد ، اقول : معلوم انه المراد وانه اريد بالصراحة ما يتبادر عند الاطلاق والمرجوح والمجاز وغيرهما لا يتبادر ولا يحتمله اللفظ بل ان صحب اللفظ قرينه صارفه عن الحقيقة فهو المجاز كما في مثل وجار بك فمع القرينة لا يحتمل الحقيقة ومع عدمها لا يحتمل المجاز .

(٤) **قوله**: كما ذكره ائمة النحو، اقول: الأولى ائمة البيان فان النحاة انما ذكروا ان التاكيد انما هو لتقرير المتبوع في النسبة والشمول وائمة البيان هم الذين قالوا انه يكون التأكيد للتقرير او لدفع توهم التجوز اي التكلم بالمجاز فهو بدفع توهم السامع ان المتكلم اراد المجاز وهما منه لا انه احتمله الكلام كما قاله الشارح ، **وقوله** متواطىء ، اقول : المتواطىء هو ما اتحد معناه ولم =

بين افراد الاطلاق عن حبس الزوجيـة او الحبس عن التصرفات والاعمال فلا يتعين للمعنى الاخص الا بقرينه لعدم دلالة الاعم على الاخص الا بها كما علم في مظانه وهذا وجه قول الناصر والباقر والصادق وتخريج المؤيد بالله انه لا بـد من وقوع الطلاق بالصرايح من نية (١) الطلاق اما نية تعليقه بالزوجة فلا خلاف في اشتراطها فيكون القول قول (٢) الزوج في قصد

يتشخص كالانسان يطلق على افراده ولا يـدل على معين منها الا بقرينة كذلك لفظ الطلاق الا انها لا تفارقه القرينة المعينة لما اريد في الاغلب وان خطاب الرجل لزوجته به لايراد به الا معناه المراد هنا بل لو قيل قد صار حقيقة عرفية لكان قريبا .

(١) **قوله** : من نية الطلاق اقول : الالفاظ قوالب المعاني فاذا اطلق المتكلم اللفظ فما يطلقه الا مريدا به معناه ما لـم يكن لاعبا او هازلا وارادة المعنى هي نيته .

(٢) **قوله** : قول الزوج ، اقول : وذلك لانه لا يعرف الا من جهته ، واما كون القول للزوجة في قصد المعنى بالصريح فلانه الظاهر ومدعى خلافه البينة عليه واما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يعامل الا بما قصده ضرورة انه يعامل في نفس الامر بنيته وهي دايرة على معاني الالفاظ فقصد الملزوم من اللفظ كالصرايح واللازم كالكنايات لا بد منه لان نسبة اللفظ اليهما واحدة من حيث الدلالة لا من حيث الوضوح والخفاء والتبادر وعدمه وحينئذ فلا بد من القصد في الصرايح كالكنايات ولا فرق الا بان الصريح تكون القول فيه قول الزوجة بانه اريد به معناه الموضعي والحاصل انه لا بد من معرفة اللافظ لمعنى لفظه وقصد المعنى به فاذا تكلم بلفظ دال على معنى وقصد به ذلك المعنى ترتب عليه حكمه واذا تكلم بما لا يفهم معناه او لـم يقصده لم يقع ولم يترتب عليه حكمه وقد ابان هذا وفصله ابن القيم في الهدي والحاصل ان الالفاظ بالنسبة الى ارادة المتكلمين ونياتهم وارادتهم لمعانيها ثلاثة أقسام احد ها ظهور مطابقة القصد للفظ وهو مراتب قد ينتهي ظهور مراده الى النص بحسب الكـلام في نفسه وما يقترن به من القراين الحالية والمقالية والثاني ما يظهر بان المتكلم لم يرد معناه وقد ينتهي هذا الى حد اليقين وهذا قسمان الاول ان لا يكون مريدا لمقتضاه ولا لغيره وهذا كالمكره والنايم ، والثاني كالمتأول والملغز ، والثالث من اصل الاقسام اللفظ الظاهر في معناه ويحتمل عدم ارادة المتكلم له ويحتمل ارادته لغيره ولا دلالة على واحد من الامرين واللفظ دال على الموضوع له وقد اتابه إختيارا فاذا ظهر قصد المتكلم وجب حمله على ظاهره وهذا هو الاصل في كل كلام فيجب حمل كلام الله وكلام رسوله صلّى الله عليّه وآله وسلم على ظاهره الذي هو ظاهره وهو الذي يقصد من اللفظ عند التخاطب ولا يتم التفهيم والفهم الا بذلك ، واما اذا ظهر انه يريد المتكلم خلاف ما اظهر فهذه مسألة فيها نزاع فمنهم من قال لا اعتبار بظواهر الالفاظ والعقود اذا ظهر ان المقاصد والنيـات بخلافها اذ قد تظافرت الاولة الشرعيـة والقواعد على ان المقصود في العقود معتبره وانها توثر صحة وفسادا وتحريما وتحليلا وهذا هو الحق فان الحيوان يحل اذا ذبح للاكل ويحرم اذا ذبح لغير الله تعالى وكذلك الصيد اذا

الزوجة او عدمه وقول الزوجة في انه قصد بالصريح معناه الوضعي غير المشترك ، وانما يكون القول في ذلك قولها عند التشاجر ، واما فيما بين العبد وربه فلا بد من النية لان دلالة اللفظ على الملزوم واللازم دلالة واحدة لا تتفاوت الا بالاضافة الى احدهما دون الاخر او ارادته فلو استلزم لفظ الصريح الطلاق بذاته لاستلزمه لفظ الكناية ايضا لان نسبته الى اللازم والملزوم نسبة واحدة كما عرفت فيكون الفرق [١] تحكماً صرفا ، ويقع الطلاق بمجرد لفظ الصريح ﴿ **انشا كان** ﴾ الصريح على ما تعورف به من ان نحو طلقت وبعت ونكحت انشاء لا خبر وقد منع المحققون كونها انشاء وانما هي [٢] خبر عما في النفس كما حقق في الاصول ﴿ **او اقرارا** ﴾ بالطلاق ﴿ **اوندا** ﴾ ومثلوه بيا طالق وفيه نظر [٣] لانه مثل حايض للنَّسْب فليس بصريح لان المراد بحايض وطالق من يصلح للحيض والطلاق .

نعم اذا لحقته التاء نحويا طالقة كان الظاهر منه ارادة الحدوث واما قوله ﴿ **او خبرا** ﴾ فهو الاقرار بنفسه ، فاذا صدر من المطلق اي تلك العبارات الصريحة وقع طلاقه ﴿ **ولو كان** ﴾ ﴿ **هازلا** ﴾ خلافا لمن اشترط النية في الصرايح لنا في خصوص المقام حديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح والرجعة احمد وابو داود والترمذي وحسنه وابن ماجة والحاكم وصححه والدارقطني من حديث ابي هريرة قالوا فيه عبدالرحمن بن حبيب مختلف فيه قال النسائي منكر [٤] الحديث ، قلنا تعنت منه وقد وثقه غيره وله شواهد منها عند عبدالرزاق عن

صاده الحلال لنفسه حل للمحرم اكله وان صاده له حرم عليه واشباه هذا وفي المسألة ابحاث وبسط وفي هذا كفاية .

(١) **قوله** : وانما هي خبر عما في النفس ، اقول : الاكثر انها انشاء ولهم عليه ثلاثة ادلة واختاره الجمهور وذهب الاقل الى انها اخبار عما في الذهن واستدق الفرق بين الامرين شارح الغاية وقد حققنا البحث في الدراية حاشية شرح الغاية بما فيه غنية وكفاية والتحقيق انها متضمنة للامرين فهي اخبارات عما في النفس من المعاني التي تدل على العقود في الخارج .

(٢) بين الصريح والكناية تمت .

(٣) **قوله** : وفيه نظر لانه مثل حايض ، اقول : ان اراد انه يجيء للنسب بمعنى ذي طلاق كتامر ولابن فان سلم فلا يمنع من ظهوره في قيام المعنى به الذي هو اصل اسم الفاعل ويلزمه ذلك في نحو هي طالق ولا يختص بالنداء اي صالحة للطلاق ومعلوم يقينا انه اذا قال الرجل لامراته يا طالق لا يريد به كونها صالحة للطلاق .

(٤) **قوله** : منكر الحديث ، أقول: وفي المغنى للذهبي انه صدوق فيه لين ولذا قال الشارح وقد وثقه غيره الا انه تقرر عندهم ان الجرح مقدم .

ابي ذر مرفوعا من طلق وهو لاعب فطلاقه جايز ومن اعتق وهو لاعب فعتاقه جايز ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جايز وان كان فيه انقطاع فقد اخرج معناه عن علي وعمر رضي الله عنهما مرفوعا ايضا وعند الحرث بن ابي اسامة في مسنده عن عبادة بن الصامت مرفوعا لا يجوز اللعب في ثلاث الطلاق والنكاح والعتاق فمن قالهن فقد وجبن وان كان فيه ابن لهيعة فهو منجبرٌ بما تقدم من حديث غيره ، قالوا القول عمل وقد ثبت حديث الاعمال بالنيات تقدم في غير موضع فهو مخالف للاصول فلا يقبل ، قلنا هو من خطاب الوضع فلا يشترط فيه النية كالضمانات قالوا فيلزم في ساير العقود والايقاعات كالبيع والوقوف ان تثبت بالهزل قلنا غايته تخصيص بعض الاشياء من عموم اشتراط النية قالوا قبول المخصص يصيره اهلا براسه يقاس عليه قلنا القياس على مخالف الاصول لا يصح . واجيب بالمنع ولهذا نفى المحققون حجية العموم بعد تخصيصه والحق ان التخصيص انما هو للضمانات حفظا لحقوق الخلق فيبقى (١) عموم اشتراط النية في الاعمال فيما عداها وعلى هذا الخلاف يتمشى قوله ﴿ او ﴾ راي امراة طلقها ﴿ **ظانها غير زوجته** ﴾ فانكشفت زوجته قال الامام يحيى لان العلم بكون المطلقة زوجة له ليس بشرط في وقوع الطلاق وهو محل النزاع لانه راجع الى اشتراط نية طلاق الزوجة وعدمه ﴿ **او** ﴾ طلقها ﴿ **بعجمي** ﴾ من الالفاظ التي يقع بها الطلاق في لغة العجم بشرط ان يكون ﴿ **عرفه** ﴾ اي عرف كونه لفظ طلاق ﴿ **و** ﴾ اما اذا لم يكن الطلاق بلفظ الصريح فلا يكفي قصد اللفظ بل لا بد من ان يكون قصد ﴿ **اللفظ والمعنى** ﴾ لان اللفظ اذا لم يكن صريحا كان كناية ولا بد من نية الطلاق ﴿ **في الكناية** ﴾ وليس المراد بالكناية هنا الكناية

---

(١) **قوله** : فيبقى عموم اشتراط . . . الخ ، اقول : لا يخفى ان احاديث الهازل لا تقصر عن العمل بها وانها تخصص ساير العقود الصادرة عنه ، واما الالزام بجواز القياس عليها فغير لازم لانه لا قياس على ما خالف الاصول كما قاله وقد اقره في الاصول ، واما منع حجية العام المخصص فليس متفرعا عما ذكر بل لأدلة توهمها نافي حجيته والحق انه حجة بعد التخصيص ايضا قال ابن القيم الهازل قاصد للفظ غير مويد الحكمة وذلك ليس اليه فان الذي الى المكلف الاسباب ، واما ترتب مسبباتها واحكامها فهو الى الشارع قصده المكلف ام لم يقصده والعبره بقصده للسبب اختيارا في حال عقله وتكليفه فاذا قصده رتب الشارع عليه حكمه جد به ام هزل قلت ولا يخفى ان الهازل قد تكلم باللفظ وقصد معناه لكنه لم يرد الحكم المترتب عليه وهو ايقاع الفرقه ونحو هذا في المنار فلا يتم قول الشارح اولا خلافا لمن اشترط النية ولا قوله قلنا هو من خطاب الوضع فلا يشترط فيه النية وقد تقدم نفى كونه من خطاب الوضع قريبا وقررناه .

المحدودة في علم البيان ، بل ما يعم المجاز والمشترك ايضا من كل ما لا يتعين المقصود [١] بمجرد اللفظ وانما يتعين بقرينه تدل على المراد فلو قال قصد اللفظ والمعنى في غير الصريح لكان اولى لان الكناية صارت اسما مشهورا لذكر الملزوم وارادة اللازم مع جواز ارادة الملزوم مع اللازم ايضا والمراد منها هنا غير ذلك ﴿ **وهي ما** ﴾ اي لفظ او قول ﴿ **يحتمله** ﴾ اي يحتمل الطلاق ﴿ **وغيره** ﴾ اما الفعل فهو ﴿ **كالكتابة** [٢] **المرتسمة** ﴾ لا لو كتب على المايعات الا انه لا وجه لاشتراط الارتسام لان السبب انما هو فعل الكتب لابقاء الكتب كما ان الطلاق باللفظ هو النطق وان لم يبق بعد وجوده ﴿ **و** ﴾ لهذا وقعت ﴿ **اشارة الاخرس المفهمة** ﴾ طلاقا وان لم يكن لها بقاء خارجي فان الاقوال والافعال كلها ادلة على ما النفس بقى اثرها او لم يبق واما الاقوال فكتاباتها كثيرة نحو انت خلية [٣] وبريه وحبلك على غاربك ونحو ذلك

---

(١) **قوله** : من كل ما لا يتعين المقصود منه ، أقول : المجاز ان صحبته القرينة كان المتبادر وان لم تصحبه كانت الحقيقة المتبادرة اذا قلت رايت اسدا ما تبادر الا الحقيقة فاذا قلت يرمي صرفته الى المجاز فالمجازات كالصرايح في ان الظاهر منها المعنى المجازي كما ان الظاهر من تلك الحقيقة فلا احتمال ولا تردد نعم يتم ذلك في مثل المشترك فان قيل الاحتمال مع الاعراض عن القرينة ، قلنا فلا احتمال لان الظاهر الحقيقة ومعها الظاهر المجاز واما مجرد الاحتمال من غير ظهور فهو يجزى في الصرايح كما اسلفه الشارح وكانهم ارادوا انه يقبل قوله في الكناية انه اراد خلاف ظاهرها والا فهو مشكل .

(٢) **قوله** : كالكتابة المرتسمة ، اقول : قال المصنف الذي يدل على وقوع الطلاق بالكتابة المرتسمة مع النية ما ثبت عنه صلّى الله عليّه وآله وسلم انه اجرا الكتابة مجرى الكلام في تبليغ الرسالة الى من لم يشافهه حتى لم يفصل بين من خاطبه وبين من كاتبه في لزوم ما كان يلزمه اياه قلت ولا يخفى انها حينئذ كالصرايح غايته انه خطاب بواسطه ، واما قول ابن بهران وانما لم يكن صريحا لاحتمالها الحكاية وتجويد الخط فاعتبرت فيها النية فاحتمال بعيد كاحتمال الصرايح للمجاز فالحق ما ذهب اليه المنصور وابن حنبل انها صريح ، واما صاحب المنار فبحث في الكتابة ونفى عنها الكناية والصراحة ولا يخلو كلامه عن النظر وقد نبهنا عليه في هامش المنار وقد بسط البخاري في صحيحه العمل بالكناية واما الكتابة على المافان كان يتلفظ عند رقم الحروف كانت طلاقا وان لم يتلفظ فلا يقع الطلاق بالنية لان عدم ارتسامها لم يصيره طلاقا مكتوبا ، واما قوله هو فعل الكتب فيقال نعم لكن مع عدم الارتسام لا يتم وجود للفظ خطي كما انه لا وجود له لفظي فانه لا بد من احد الوجودين والا كان عدما لا حكم له فلذا اشترط الارتسام ليتم له وجود وقوله وان لم يبق بعد وجوده شيء لا يلاحظ احد اعنى البقاء خطا ولفظا وخروج عن البحث بالكلية فتامل .

(٣) **قوله** : انت خلية ، اقول : بالخاء المعجمة من الخلو فعيله بمعنى فاعله قال ابن القيم انه قال علي وابن عمر رضي الله عنهما ان الخلية ثلاث وقال عمر رضي الله عنه واحده .

من المجازات والمشتركات التي لم تقم قرينة على الطلاق بها اذ لو قامت القرينة كأن تطلب منه طلاقها فياتي باي الفاظ الكناية لكانت الكناية كالصريح لا ينوى فيها ﴿ و ﴾ كذا لو قال ﴿عليَّ ﴾ الطلاق ﴿ **او يلزمني الطلاق** ﴾ فانه كناية وان كان لفظه الطلاق مصرحا به فيه لان معنى علي ويلزمني انه في ذمتي لاني قد اوقعته الا ان [١] يريد ذلك كان طلاقا وحينئذ يشترط فيه التنجيز للطلاق ﴿ و ﴾ من الكناية ان يقول لها ﴿ **تقنعي** ﴾ لانه قد يقع في العرف موقع الحقي باهلك لان لابسة القناع انما تلبسه للخروج والخروج لازم للطلاق فيكون ذلك كناية بعيدة بوسايط كما عرف في البيان ﴿ و﴾ كذا قوله ﴿**انت حرة** ﴾ لان الحرية كناية عن ملك التصرف مكانه يقول لا ملك لي عليك ﴿ و ﴾ كذا قوله ﴿ **انا منك حرام** ﴾ وان لم يضف التحريم اليها ﴿ **لا** ﴾ اذا قال انا منك ﴿ **طالق** ﴾ ، ووجه الفرق ان التحريم يثبت من جهة الزوج والزوجة بحرمة كل منهما على الاخر بخلاف الطلاق فانه لا يقع الا على النساء فانا منك طالق لا يكون طلاقا صريحا ولا كناية وفيه نظر لصحة ذلك مجازا من باب الاستعارة التمليحية نحو فالتقطه آل فرعون ليكون لهم عدوا وكحاتم للبخيل ثم الطلاق قسمان جار على وفق السنة ومخالف لها ﴿**وسنيه** ﴾ في الحايض ﴿ **واحدة فقط** ﴾ اي غير مكرره ولا موصوفة بعدد زايد على الواحدة والا كان بدعيا اذا صدر ذلك في طهر واحد خلافا للحسن بن علي ومن سيأتي معه في تفريق الثلاث ، لنا ما عند الدارقطني من حديث ابن عمر رضي الله عنه انه طلق امراته تطليقة وهي حايض ثم اراد ان يتبعها تطليقتين اخريين عند القرء فبلغ ذلك رسول الله صلّى الله عليّه وآله وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا امرك الله تعالى انك قد اخطأت السنة والسنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء وفي لفظ في كل قرء طلقة .

قلت انكر الحافظ [٢] ابن حجر هذا اللفظ الاخر والاول معناه معنى قوله تعالى

---

١) **قوله** : الا ان يريد ذلك ، اقول : اي بقوله يلزمني الطلاق اي يريد به ايقاع الطلاق وفي الغيث عن الامام يحيى انه ليس بصريح ولا كناية ، قال المصنف وهو الاقرب عندي لانه لم يوقع في هذا للفظ الطلاق على الزوجة وانما هو بمنزلة من قال الزمت نفسي ان اطلق ولا خلاف في هذا انه ليس بصريح ولا كناية فكذا ما هو بمعناه قلت وهو الحق وارتضاه المنار وياتي لنا زيادة تقرير له في فصل التحليف بالطلاق ان شاء الله تعالى .

قوله : انكر الحافظ ابن حجر . . . الخ ، اقول :لانه امر بالطلاق في الاقرآ وهي الحيض والنهي هو عن هذا فكيف يامر صلّى الله عليّه وآله وسلم به الا انى لم اجد هذا اللفظ في الحديث ولا وجدت انكار ابن حجر فينظر إن شاء الله تعالى .

فطلقوهن لعدتهن اذ العدة اسم لمجموع الاقرا كما صرح به صاحب الكشاف حيث قال وعدتهن الحيض الثلاث فيجب ان تستقبل بالطلاق مجموع العدة فلو طلق في كل قرء بلا تخلل الرجعة لما كانت على المذهب الا واجده كما سياتي في لايتوالا متعدده ومع تخلل الرجعة لا يستقبل [١] الطلاقان الاولان مجموع العدة وان استقبلها الطلاق الثالث فيلزم قول مالك ان قصد التثليث وفعله بدعة فرقت الثلاث على الاطهار جمعت واما أن السنه لا تصاب الا بوقوع الطلاق ﴿ في طهر ﴾ فاتفاق لحديث ابن عمر رضي الله عنه عند الجماعة كلهم انه طلق امراته وهي حايض فذكر ذلك عمر للنبي صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم فتغيظ منه رسول الله صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم ثم قال «ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فاذا بدا له ان يطلقها فليطلقها قبل ان يمسها فتلك العدة التي امر الله سبحانه ان تطلق لها النساء» وفي رواية لمسلم وابي داود والنسائي من حديث ابن الزبير ، وقال ابو داود روى هذا الحديث جماعة كلهم ، قالوا عن ابن عمران النبي صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم امره ان يراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق او امسك ومعنى حديث ابن الزبير رواه مسلم والترمذي من حديث سالم ايضا بلفظ مرة فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا او حاملا ، واما اشتراط ان ﴿ لا ﴾ يصدر ﴿ وطء ﴾ للمطلقة ﴿ منه ﴾ وان صدر من غيره ﴿ في جميعه ﴾ اي جميع الطهر فلما سمعت في حديث ابن عمر رضي الله عنهما من قوله صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم قبل ان يمسها ، ولو قال [٢] فيه

١) **قوله** : لا يستقبل الطلاقان ، اقول : يقال نعم اذا لم يكن ذلك في طهر واحد اعني تخلل الرجعة أما اذا كانت في مجلس واحد فيستقبل الكل ثم ان مذهب مالك يخالف ظاهر ما اباحه الله تعالى للعبد من الطلقات الثلاث والمصطفى صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم قد ابان ان ايقاع الطلاق موقت بزمان طهر لامسيس فيه فمن اوقع ذلك كذلك فهو آت بما يباح له على وفق الامر الشرعي ، نعم ان صح ان ابن عمر اوقع عليها ثلاث طلقات دفعة واحدة كان دليلا على مالك لانه لم ينهه صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم الا عن ايقاع الطلاق في الحيض لا عن كميته سيما مع قوله اراد ان يتبعها تطليقتين فانه يبعد ان لا يطلع صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم على ما اراده فتقريره له على الارادة دليل على مالك فانه قال لا اعرف طلاق السنة الا واحدة وكان يكره الثلاث مجموعة كانت او مفرقة ، واما ابو حنيفة فانه كره مازاد على واحد في طهر واحد ، واما مفرقا في الاطهار فلا وحجته حديث ابن عمر وقال الشافعي لاباس بارسال الثلاث وقال لا اعرف في عدد الطلاق سنه ولا بدعة فمالك يراعى في طلاق السنه الواحدة والوقت وابو حنيفة يراعى التفريق والوقت والشافعي يراعى الوقت وحده .

٢) **قوله** : ولو قال فيه .. الخ ، اقول : عدل الاشهار الى قوله لاوط منه في اية قال شارحه اي لا قبل الطلاق ولا بعده ، وقال المصنف فاذا راجعها في ذلك الطهر فوطيها فيه انقلب ذلك الطلاق المتقدم =

لكان اولى من جميعه لان النفي كما علم اذا دخل على المقيد توجه الى القيد فيفهم منه ان الوط في جميع الطهر يشترط انتفاوه وانتفاوه يتحصل بانتفاء الوطفي البعض ، وان حصل في البعض وذلك غير صحيح فالوجه ان يجعل في جميعه قيدا للنفي لا للمنفي ليصير المعنى ان الشرط هو الانتفاء في جميع الطهر ، واما ما اعتذر به المصنف لذكر الجميع من ارادة التنبيه على ما ذكره المنصور بالله للمذهب من انه اذا طلقها فيه ثم راجعها فيه ووطيها انقلب ذلك الطلاق بدعيا فمع ان الحق لذكر ما في حواشي المذهب لاهل المذهب من انه لا ينقلب بدعيا لانه صدق عليه انه طلاق قبل المس يكفي عن ذكر جميعه ذكر فيه لان الواطي في اي جز منه واطي فيه مع سلامته من الايهام﴿ و ﴾ اما انه يشترط ان ﴿ لا ﴾ يقع في ذلك الطهر ﴿ **طلاق** ﴾ ثان فتكرير لما تقدم من قوله وسنية واحدة فقط﴿ و ﴾ يشترط ايضا ان ﴿ لا ﴾ يقع منه وط ولا طلاق ﴿ **في حيضته** ﴾ اي حيضة هذا الطهر ﴿ **المتقدمة** ﴾ عليه اما اشتراط انتفاء الطلاق في الحيضة فلان ذلك هي سبب الحديث الذي انكره النبي صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم ، واما اشتراط انتفاء الوط فيها فلانها لو وطيت في الحيضة لجاز ان تحمل فيقع الطلاق في حالة تلتبس عليها نوع عدتها ولابد من طلاقها طاهرا او حاملا قد استبان حملها كما صرح به الحديث ، واما المصنف فعلل المنع بما في حديث سالم ونافع من عدم اذن النبي صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم لابن عمر ان يطلقها في طهر الحيضة التي طلقها فيها ولكن لا دليل فيه على ان منعه انما كان لوقوع وطي في الحيضة ولانه يعكر عليه رواية ابي الزبير وغيره التي [1] لم يشترط فيها الا حصول طهر تلك الحيضة ﴿ و ﴾ اما الطلاق السني [2] من صغيرة او آيسة [3] او حامل قد استبان حملها كما صرح به

= بدعيا فهذا الذي قصدنا بقولنا في جميعه انتهى . والمراد بالمهذب كتاب للمنصور في الفقه ولا يخفى ان هذا الايهام الذي ذكره الشارح بعيد عن العرف والتبادر .

١) **قوله** : التي لم تشترط فيها الا حصول طهر تلك الحيضة ،اقول : قال الخطابي اكثر الورايات انه قال مرة فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم ان شاء امسك وان شاء طلق وهو رواية ابي الزبير ، قلت الا انه قد يقال هذه الرواية هي مطلقة قيدتها الروايات الاخر وزيادة العدل مقبولة ثم قوله صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم مرة فليراجعها الى قوله قبل ان يمسها ظاهر انه قيد عايد الى جميع الزمن الذي بقيت عنده فيه بعد الرجعة ومنه الطهر الاول بعد حيضة الطلاق وزمن الحيض والطهر الذي اوقع الطلاق فيه فان قام اجماع على عدم منعه من الوط في الطهر الاول بقي ما عداه على المنع ومنه زمن الحيض الاول .

(٢) في حق غير الحايض تمت

٣) اوضهيا تمت

الحديث والا كانت كالحايض فهو ﴿ **المفرد فقط** ﴾ من دون شرط غير الافراد ﴿ و ﴾ لكن ﴿ **ندب تقديم الكف** ﴾ عن جماعها ﴿ **شهرا** ﴾ قبل الطلاق ، قالوا لقيام الأشهر في غير ذات الحيض مقام الحيض ولذلك اوجبه زفر ايضا واجاب عليه المصنف بانه انما وجب في ذات الحيض لتيقن براة الرحم وهي في الصغيرة ونحوها حاصلة .

قلت [١] فلا وجه للقياس مع انتفاء العلة ولان القياس انما يثبت في الفرع مثل حكم الاصل وللندب الذي اثبتوه هنا غير الوجوب ﴿ و ﴾ من اراد تثليث زوجته على وجه السنه فانه ﴿ **يفرق الثلاث من ارادها على الاطهار** ﴾ ان كانت المراة من ذوات الحيض ﴿ **او الشهور وجوبا** ﴾ ان كانت من غيرهن فيطلق في كل طهر او شهر طلقة ، وقال مالك الثليث من اصله بدعة مفرقا او مجموعا ووافقه الباقر والصادق والناصر والشافعي في الحامل قال المصنف لنا فطلقوهن لعدتهن فاذا فرق فقد طلق للعدة لقوله صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم الطلاق للعدة هو ان يطلقها طاهرا من غير جماع وهو تهافت لان النزاع في كمية الطلاق والحديث لادلالة له عليها وانما هو دال على كيفيته وقال الحسن بن علي وابن عوف وابن سيرين والامام يحيى والشافعي واحمد التثليث في قرء واحد ليس ببدعه ولا مكروها لان فطلقوهن مطلق متحقق في الافراد والتثليث واجاب المصنف بما تقدم عند الدارقطني من حديث ابن عمر بلفظ فيطلق لكل قرء وقد تقدم [٢] ما فيه [١] والحق ان الخلاف راجع في الحقيقة الى انه هل يتوالا متعدده

---

١) **قوله** : قلت فلا وجه . . . الخ ، اقول : هو كما قاله واذا انتفى القياس فلا وجه لما ياتي من انه يفرق الطلاق على الشهور .

٢) **قوله** : وقد تقدم ما فيه ، اقول : هو انكار الحافظ ابن حجر لهذا اللفظ الا ان الذي تقدم ان الذي انكر ابن حجر لفظ في كل قرء لا لفظ لكل قرء كما هنا وقال الخطابي ان الدليل على تدعية الزيادة على الواحدة يوخذ من امره صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم ان لا يطلق في الطهر الذي يلي الحيض لانه دل على انه ليس له ان يطلقها بعد الطلقة الاولى حتى يستبريها بحيضة ، قلت وذلك بناء على وقوع الطلاق البدعي فالشافعي ومن معه يرون ان السنة انما هي في الوقت دون العدد والمصنف استدل على بدعية العدد ان عمر كان اذا راى رجلا طلق امراته ثلاثا في مجلس واحد اوجعه ضربا اخرجه سعيد بن منصور بسند صحيح عن انس ذكره في فتح الباري وياتى نص صريح في النهي عن ذلك واستدل ابن حجر في التحفة عند قول النووي ولا يحرم جمع الطلقات بحديث عويمر العجلاني لما لا عن امراته طلقها ثلاثا ولم ينهه صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم ولو كان يحرم لنهاه عنه لانه اوقعه قبل علمه بانها قد حرمت عليه فاوقعه معتقدا بقاء الزوجية فكان يجب الانكار منه صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم عليه لفعله =

اولا وسياتي ان المذهب عدم تواليه ولهذا قال ﴿ **ويخلل الرجعة** ﴾ من اراد التثليث ﴿ **بلا وطء** ﴾ ايضا الا انه لادليل في حديث ابن عمر على ان النبي صلَّىٰ الله عليّه وآله وسلم امره [١] بان يخلل الرجعة عن طلاق وقع في طهر لم يمسها فيه وان امره بالرجعة عن طلاق وقع في الحيض مع ان فيه ما تقدم من ان الطلاقين الاولين لا يستقبلان عدة وان وقعا في طهر لم يمسها فيه ولان الرجعة انما شرعت لمريد الاصلاح بصريح [٢] الاية الكريمة والمراجع ليطلق ليس مريدا للاصلاح بل للافساد من وجوه احدها ارادته افساد النكاح وهو واضح وثانيها [٣] افساد الرجعة للطلاق الاول وثالثها افساد [٤] احصاء العدة له ومن هنا صرح الهادي عليه السلام

= ما يحرم عليه فلما ترك علم انه لا يُحرم جمعها قلت قد وقع اعلامه صلَّىٰ الله عليّه وآله وسلم بانها قد حرمت عليه بنفس اللعان عقيب ايقاعه فطلاقه لاغٍ واقع على غير زوجة لا تتصف بحرمة ولا غيرها ولا يكون تقريرا منه صلَّىٰ الله عليّه وآله وسلم الا لو كان واقعا على محله ، واما اعتقاده فقد اعلمه صلَّىٰ الله عليّه وآله وسلم انه اعتقاد باطل .

١) **قوله** : وامره بان يخلل الرجعة ، اقول : لم يات في حديثه بيان كيفية ايقاع الثلاث اصلا وانما الدليل ما سلف من انه لابد من وقوع الطلاق السني في طهر لاوط فيه .

٢) **قوله** : يصرح الاية الكريمة ، اقول : يريد بها قوله تعالى «وبعولتهن احق بردهن» في ذلك ان اراد واصلاحا فانه تعالى قيد الاحقية بارادة الاصلاح فاذا لم يرد الزوج اصلاحا بعد فاتت الاحقية فرجعة باطلة لا صحة لها حيث لم يقصد بها الا الطلاق فالظاهر قول الشارح ان الرجعة لارادة ايقاع الطلاق غير مشروعة وان الحق عدم شرعيتها لذلك وكل ما ليس بمشروع فهو مردود والمردود باطل فيحرم كما قاله الهادي عليه السلام وقد افتينا فيما يفعله كثيمن العامة وغيرعم انه يلقنه بعض من يفتيه اذا اراد البينونة ان يقول في مجلس واحد طلقتك ثم يقول راجعتك يفعل ذلك ثلاثا فاذا فعله قال بانت منه المرائه بانه باطل ولا يكون الا واحدة لان هذه الرجعة ليست مراده الله ولا تسمى رجعة شرعية انما هي تلعب انما الرجعة الشرعية ما يراد بها الاصلاح وهذه لم يرد بها قطعا .

٣) **قوله** : وثانيها . . . الخ ، اقول : لايخفى انه قد يكون واجبا (١ . ح) فافساد النكاح مطلوب شرعا ، واما قوله افساد الرجعة . . . الخ اما هذا فمن حيث انه رجعة فلا افساد فيه والالزام ان الرجعة مطلقا افساد .

٤) **قوله** : افساد احصاء العدة ، اقول : لان لكل طلاق عدة وتخليل الرجعة لايكون الا قبل انقضاء عدة كل طلقة .

. . . .

(١ . ٢) يعني قد يكون الطلاق واجبا كتطليق من زنت مثلا . ك .

بحرمة الرجعة على مريد غير الاصلاح فكيف يجعل المصنف تخليل الرجعة لا للاصلاح مذهبا للهادي عليه السلام هذا خبط في التفقة للمذهب واما امر النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابن عمر بالمراجعة فانما كان لعدم وقوع الطلاق موقعه من السنة لا لارادة التثليث بدليل قوله فان بدأ له ان يطلقها فليطلقها قبل ان يمسها ﴿ **ويكفي في نحو انت**(١) **طالق ثلاثا للسنة تخليل الرجعة** ﴾ فيراجعها بلسانه في كل طهر (٢) ﴿ **فقط** ﴾ اي من غير احتياج الى زيادة تطليق بعد الرجعة لان تلك العبارة في قوة انت طالق في كل طهر بعد الرجعة .

هذا كله سني الطلاق ﴿ **وبدعيه ما خالفه** ﴾ اي ما سقط فيه (٣) اعتبار من اعتبارات السني﴿ **فياثم** ﴾ (٤) فاعل البدعى بناء على ان السنة بمعنى الواجب وان فطلقوهن لعدتهن

---

١) **قوله** : انت طالق ثلاثا للسنه ، اقول : ينبغي ان يعد من الطلاق البدعي للعدد ولتصريحه بقوله للسنه فانه ابتداع الفاظ لم تات عن الشارع وقول الشارح لانه في قوة انت طالق في كل طهر يقال عليه وهذا بدعي وكذلك قول المصنف فيما ياتي كلا لسنه ولا لبدعة فانه تلعب ولا يبعد انه من التعدي لحدود الله تعالى .

٢) **قوله** : ما سقط فيه اعتبار . . . الخ ، اقول : الذي علم اعتباره من ذلك ان المطلقة اما مذخولة بها فالبدعي في حقها ان يوقع عليها الطلاق وهي حايض او نفاس او في طهر قد وطى فيه او في حيضته على الاظهر او يوقع عليها اكثر من واحدة كما دل عليه حديث محمود بن لبيد عند النسائي قال اخبر رسول الله صلّى الله عليّه وآله وسلم عن رجل طلق امراته ثلاث تطليقات فقام غضبان فقال ايلعب بكتاب الله وانا بين اظهركم وقد ابان ابن القيم صحة طرقه وانه على شرط مسلم فهو حجة على الشافعي ، واما حامل او غير مدخول بها فلا بدعي في حقهما باعتبار الزمان بل البدعي في حقهما انما يكون بزيادة العدد على واحدة فقط هذا ما يتحصل من الادلة وهو النص الذي وعدنا به .

٣) من غير جماع في كل طهر تمت

٤) **قوله** : **فياثم** ، اقول : في شرح ابن بهران انه لايحفظ في الاثم خلافا ومثله في الغيث واستدل له بما تقدم من ضرب عمر لمن فعل ذلك قلت وفيه انه صلّى الله عليّه وآله وسلم لم يخبر ابن عمر بانه اثم ولا قال استغفر الله وهو في مقام التعليم الا ان يقال عذره لجهله فيختص الاثم بالعالم بانه بدعة وفي قوله تعالى عقيب فطلقوهن لعدتهن واتقوا الله ربكم ما يشعر بان في مخالفة ذلك اثما وكذلك في قوله تعالى «تلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه» والامر ظاهر في الوجوب والتاثيم ليس لما تضمنه من النهي كما قاله على انه بعد تسليمه قد منع ان النهي المتضمن كاصريح يقتضي الفساد وهذا تكلف من الشارح لدليل التاثيم وقد كفاه المصنف مؤ نة ذلك باستدلاله بفعل عمر رضي الله عنه فكان الاولى ان يناقش في الاستدلال بذلك ولكنه كثيرا ما ياتي لهم بدليل غير ما صرحوا به ليتجه له انتقادة كقوله هنا ان الاستدلال بالنهي لا يساعد القول بالوقوع فانهم لم يحوموا حول النهي .

واحصوا العدة للوجوب لا للتاديب وقد طول الهادي عليه السلام في الاحكام على انه للندب لا للوجوب ولو سلم فينبني ايضا على ان الامر بشيء يستلزم النهي عن ضده ﴿ و ﴾ لكن لا يساعده الحكم بانه ﴿ يقع ﴾ لان النهي فيه للوصف والنهي للوصف يقتضي الفساد عند المصنف والفساد هنا معناه البطلان لعدم تعدد ثمرات الطلاق حتى يحكم نترتب بعضها عليه دون بعض كما هو معنى الواسطة بين الصحة والبطلان في النكاح ونحوهما ومن (١) هنا ذهب الباقر والصادق والناصر وسعيد بن المسيب وجماعة من التابعين وابن عليه وهشام بن الحكم والامامية وابو عبيدة وبعض الظاهرية الى عدم وقوعه لنا ما في حديث ابن عمر مره فليراجعها ولارجعة الا بعد طلاق ووقع في الحديث المذكور ان ابن عمر حسبها تطليقة وكان يفتى بوقوعها ، قالوا اما فتيا ابن عمر رضي الله عنه فليسب بحجة ، واما فليراجعها فهو من باب ضيق (٢) فم الركية والا لما بقى لامره بالمراجعة مصلحة لان المراجعة لا ترفع الخطا الذي قد

١) قوله : ومن هنا ذهب الباقر . . . اقول : من حيث ان النهي للوصف يقتضي الفساد وهذا الدليل تبرع من الشارح لهم والذي في الغيث استدلالهم بقوله صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم لاقول ولا عمل الا باصابة السنة وما روى عن علي عليه السلام انه قال لمن استفتاه عن طلاق بلى شهود ليس بشى ولما روى عنه صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم انه قال في طلاق ابن عمر ليس بشى وياتي معناه مسندا .

٢) قوله : من باب ضيق . . . الخ ، اقول : الركيّة البير وتضيق فمها يطلب من الحافر بها والمراد اجعله ضيقا ابتدالا انه كان متسعا فطلب تضييقه كذلك هنا اجعلها راجعة وعايدة اليك لا انها قد خرجت عن عقدته واذا لم نقل بهذا كان الامر بالمراجعة لا فايدة تحته لانه قد حصل المراد من الفراق وحصل الخطا الذي هو اتيان خلاف السنة فاعدامه محال وايجاب الطلاق الموجود محال .

واعلم انا قد بسطنا القول في ترجيح عدم الوقوع في جواب سؤال قبل مراجعة كلام الشارح وذكرنا ان الحديث المذكور دليل على خلاف ما ذهبوا إليه وبيانه انها لو كانت الطلقة واقعة كما قالوه لم تبق فائدة في امره صلى الله عليه وآله وسلم لمراجعتها لأنها ان كانت لتدارك الاثم بايقاع الطلاق في الحيض فلا يتدارك بارجاعها بل بالتوبة أو ليوقع طلاقا ثانياً سنياً على تلك التطليقة وقد اعلم صلى الله عليه وآله وسلم ان ابغض الحلال إلى الله الطلاق فكيف امره بالمراجعةليفارق وغرض ابن عمر قد وقع وهو خروج الزوجة من عقدة نكاحه بتلك التطليقة البدعية فاي غرض في هذا الأمر النبوي وحاشا كلام افصح الخلق من الخلو عن الفائدة فالغرض اعلامه صلى الله عليه وآله وسلم بانها باقية في عقدة نكاحه ولم تقع عليها تلك التطليقة وانه يجب عليه كفايتها والقيام بحقوق زوجيتها حتى يحصل الوقت الذي اذن الله تعالى فيه بالطلاق وهو وجه الأمر بالمراجعة التي هي اعادتها إلى حالتها الأول والرجعة لغة اعم =

= من الاصطلاحية فاصل المراجعة المعاودة للشيء سواء كان بعد طلاق أم لا ومنه

راجع اجبتك الذين هجرتهم ان المحب يقل ما يتجنب

ومن ذلك قوله تعالى في البائنة الاجنبية التي تزوجت زوجا اخر بعد فراق الأول فلا جناح عليهما ان يتراجعا فسمى عودها اليه بعقد جديد بعد بينونه تراجعا ومنه قوله صلى الله عليه وآله وسلم لبريره لو راجعتيه حيث ثبت لها الخيار وبعد هذا تعلم ان الحديث دليل لمانع الوقوع وانه به اسعد ومن ادلة هذا القول حديث انه صلىّ الله عليّه وآله وسلم لم يرها شيئا الذي اشار إليه المصنف وقد رده في الغيث بان سنده ضعيف، قلت هو حديث اخرجه ابو داود عن ابي الزبير وصححه ابن القيم لتصريح ابي الزبير بالسماع من ابن عمر ولفظه بعد سياقه لاسناده قال اخبرني ابو الزبير انه سمع عبد الرحمن بن ايمن مولى عمر رضي الله عنه يسال ابن عمر قال أبو الزبير وانا اسمع كيف ترا في رجل طلق امراته حايضا فقال ابن عمر طلق ابن عمر امراته وهي حايض على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فسال عمر عن ذلك رسول الله صلى عليه وآله وسلم فقال ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما طلق امراته وهي حايض قال عبد الله فردها على ولم يرها شيئا ورواه الحميدي في الجمع بين الصحيحين وابو مسعود الدمشقي في الاطراف واشار اليه مسلم في الصحيح قلت احسن بقوله اشار اليه لان مسلما لم يخرج لفظه كما ستعرفه قريباً قال واخرجه النسائي وقال البيهقي في سننه الكبرا رواه مسلم في الصحيح عن محمد بن رافع عن عبد الرزاق واخرجه مسلم ايضاً من حديث حجاج بن محمد وابي عاصم عن ابن جريح وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ليراجعها فردها وهي في رواية بعضهم عند عبد الرزاق فردها علي ولم يرها شيئا فهذا الحديث كما ترا صحيحا صريحا في عدم حسابه صلى الله عليه وآله وسلم لها شيئا هذا تقرير ادلة القول بعدم الوقوع ولكنه اخرج ابن وهب في مسنده عن ابن أبي ذيب وزاد في اخره قال ابن أبي ذيب في الحديث عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وهي واحدة قال ابن أبي ذيب وحدثني حنظلة بن أبي سفيان سمع سالما يحدث عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بذلك واخرجه الدارقطني من حديث يزيد بن هرون عن ابن أبي ذيب وابن اسحاق جميعا عن نافع عن أبي عثمان عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم هي واحدة وعن الدارقطني في رواية شعبه عن انس بن سيرين عن ابن عمر رضي الله عنه في القصة فقال عمر يا رسول الله افيحتسب بتلك التطليقة قال نعم ورجا له إلى شعبه ثقات وعنده من طريق شعبه بن عبد الرحمن الجمحي عن عبد الله بن عمير عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه ان رجلاً قال له اني طلقت امرأتي البته وهي حايض قال عصيت ربك وفارقت امراتك قال فان رسول الله ﷺ عليه وآله وسلم امر ابن عمر أن يراجع امراته قال انه مره ان يراجع بطلاق بقي له وانت لم تبق ما ترتجع به امراتك فظهر بهذه الروايات أن الحاسب لها النبي صلى الله عليه وآله وسلم والحديث يفسر بعضد بعضا واما حديث انه صلى الله عليه وآله وسلم لم يرها شيئا فقد اجيب عنه بما قاله ابو داوود فانه قال روى هذا الحديث عن ابن عمر جماعة واحاديثهم كلهم على =

حصل وحصل به المقصود من البينونة فطلب الرجعة اما لايجاد الموجود او لاعدامه وكلاهما محال ، قلنا كامر المنفرد بالصلاة مع الجماعة لارادة الايقاع على وجه اكمل قالوا فلا يحسبان الا واحدة كالصلاةوهو نقيض مطلوبكم وايضا انما يعتبر ذلك في القرب والطلاق ليس بقر به بل هو مكروه في الغالب وان كان سنيا ﴿ و ﴾ اذا جعل ﴿ **نفى احد النقيضين** ﴾ قيد الطلاق فهو ﴿ **اثبات للاخر** ﴾ الاخر بكسر الخاء المتاخر لان مفتوح الخآ عبارة عن الغير وليس بمقصود

= خلاف ما قال أبو الزبير وقال ابن عبد البر قوله لم يرها شيئا منكر لم يقله غير ابي الزبير وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف بمن هو اثبت منه وان صح فمعناه لم يرها شيئا مستقيما لكونها لم تقع على السنة وقال الخطابي قال أهل الحديث لم يروا ابو الزبير حديثا انكر من هذا ويحتمل ان معناه لم يرها شيئا تحرم معه المراجعة ونقل البيهقي في المعرفة عن الشافعي انه ذكر رواية أبي الزبير قال والأثبت من الحديثين أولى أن يؤخذ به اذا تخالفا وقد وافق نافعا غيره من أهل التثبيت واما قول ابن القيم انه اخرج مسلم رواية ابي الزبير فان اراد انه اخرج لفظ ولم يرها شيئا فليس ذلك في مسلم اصلا بل الذي فيه سياق رواية من روايات قصة ابن عمر ثم قال اخبرنا ابن جريح اخبرني أبو الزبير انه سمع عبد الرحمن بن ايمن مولى عمره يسال ابن عمر رضي الله عنه وابو الزبير انه سمع بمثل حديث حجاج وفيه بعض الزيادة هذا لفظ مسلم في آخر اول باب من ابواب كتاب الطلاق وليس في حديث حجاج الذي احال عليه لفظ حديث ابي الزبير ولم يرها شيئا بل اشار بقوله وفيه بعض الزيادة اليها وكانه حذفها مسلم لنكارتها وفي مسلم نحو ثمان روايات عن ابن عمر في الاعتداد بتلك الطلقة وعدها واحدة وان لم يصرح فيها بالرفع فهو دال على ان مذهبه وقوعها ويبعد انه عن اجتهاد مع معرفته صلى الله عليه وآله وسلم بالقصة فهو يؤيد رفع ان المعتد بها والحاسب لها هو رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وبه تعرف أن فاعل حسب المجبول في الرواية الآخرا هو النبي ﷺ ولا حجة في غيره صلى الله عليه وآله وسلم ، واعلم اني نظرت بعد ذلك في كلام الايمة كابن القيم وهو من القايلين بعدم وقوع البدعي وفي كلام ابن حجر وهو قايل بوقوعه كل من الرجلين قوى كلام اهل مذهبه فوقعت معي ريبه وشك في كلام منهما فرجعت إلى أن كل الايمة يسمونه طلاقا بدعيا نسبة إلى البدعة وقد بينت الاحاديث بلا ريبة ولا مريه ولا شك أن كل بدعة ضلالة وقد سقنا منها شطراً واسعاً في صدر رسالتنا الانفاس الرحمانية وقطعا من ضرورة الدين ان الضلالة منهى عنها وما بعثت الرسل إلا للنهى عنها فكيف نقول لصحة حكم سماها علما الأمة بدعة نسبة اليها وقال صلى الله عليه وآله وسلم «كل عمل ليس عليه امرنا فهو رد» اي مردود ويقين أن طلاق البدعة ليس عليه امر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كيف وهو يتغيظ على من فعله ثم لو كان قد وقع كما قالوه لم يبق فائدة لامره صلى الله عليه وآله وسلم بمراجعتها لأنه ان كان لتدارك الاثم بايقاعها فلا يتدارك الا بالتوبة أو لاجل يوقع الطلاق ثانيا على السنة فقد علم أن ابغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق فكيف يامر به صلى الله عليه وآله وسلم فالحق عدم وقوع البدعى فهذا الذي تقرر لنا بعد استخارة الله تعالى .

هنا ﴿ **وان نفاه** ﴾ اي الاخر ﴿ **كلا لسنة ولا لبدعة** ﴾ ولا في ليل ولا نهار ونحو ذلك فتطلق في المعطوف قال المصنف لان العطف بمنزلة الاستثناء المستغرق فيلغو . قلت هو في قوة لا اقيده بسنة ولا بدعة فيقع في كل منهما لانه حينئذ يكون مطلقا ﴿ **ورجعية ما كان بعد وطى** ﴾

في قبل او دبر [١] لا ما كان قبل الوط فلا يثبت فيه الرجعة وقال المنصور بل تثبت الرجعة فيما وقع بعد الخلوة لقوله تعالى وبعولتهن احق برد من في ذلك اي في مدة العدة والخلوة توجب العدة فيثبت فيها الرجعة كما سيأتي ، ولا بد ان يكـون الطلاق الرجعي ﴿ **على غير عوض مال** ﴾ او ما في حكمه من المنافع لا نحو انت طالق على ان تدخلي الدار فرجعي ووجه عدم اثبات الرجعة في الخلوة ان الاختلاع افتدآ للنفس فينافيه اثبات الرجعة على المفتد به لنفسها من عقدة الزوج كما ينافي البيع تصرف البايع في المبيع بعد عقد البيع ﴿ و ﴾ لا بد ايضا من ان يكون الطلاق الذي تراد الرجعة فيه ﴿ **ليس ثالثا** ﴾ لقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴿ **وبائنه ما خالفه** ﴾ اي خالف الرجعي فيشمل ما كان قبل الدخول ، وما كان خلعا وما كان ثالثا ثم هو مطلق ومشروط اتفاقا ﴿ **ومطلقه يقع في الحال ومشروطه يترتب على الشرط** ﴾ وقال الناصر والامامية والظاهرية لا يقع [٢] المعلق بمجرد الشرط اذ لا علقة بينهما ولا بمجرد الجزاء اذ هو معلق بالشرط ولا بمجموعها لان لفظ الطلاق قد عدم عند وقوع الشرط قال المصنف قلنا كانه تجدد الايقاع وهو فائدة التعليق وكساير المشروطات ان ينتهوا بغفر لهم وان جنحوا للسلم فاجنح لها انتهى . والاول [٣] مصادرة والثاني ظاهر الفرق لانه [١]

---

(١) **قوله** : او دبر ، اقول : مثله في الغيث ولا يخفي انه قد منعه الشارع وحرمه فمن البعيد ان يحرمه ويرتب عليه حكم الحايز هذا لا ينبغي ان يقوله من يحافظ على الادلة .

(٢) **قوله** : لا يقع بمجرد الشرط . . . الخ ، اقول : واختاره من الشافعية ابو عبد الرحمن احمد بن يحيى بن عبد العزيز وهو من اجل اصحاب الشافعي وصرح به ابن حزم في المحلى وقال لا يكون الطلاق الا كما امر الله تعالى وعلمه وما عداه فباطل وتعد حدود الله قال ابن القيم بعد نقله فمن قال من اهل الظاهر وغيرهم ان الطلاق لا يصح تعليقه بالشروط لم يتمكن من الرد عليـه من قوله مضطرب فيما يتعلق وما لا يتعلق ولا يمكن رده بشيء الا ويمكن رده بشيء الا ويمكن رده عليهم بمثله واقوى عنه واطال القول في نصرة هذا مع قوله انه اي كلام الظاهرية ليس قويا في النظر وقد جنح الشارح الى تقويته كما تراه من رده لادلة المصنف وهو عندي الاقوى .

٣) **قوله** : والاول مصادره ، اقول : لفظ البحر كانه تجدد اللفظ قال عليه المنار للخصم ان يقول انما يحكم =

انشا حالي يبطله التقييد بالمستقبل (٢) كالبيع والنكاح بخلاف تقيد بالطلب والخبر ، قلنا كاليمين تتوقف على الحنث ، قالوا المتوقف انما هو الكفارة لا اليمين وايضا (٣) لا يتحقق فيه الطلاق للعده فهو بدعي فلا يقع على اصل الناصر ومن معه سواء كان الشرط ﴿ **نفيا** ﴾ نحو ان لم تدخلي الدار ﴿ **او اثباتا** ﴾ نحو ان دخلت الدار ﴿ **ولو** ﴾ كان الشرط ﴿ **مستحيلاً** ﴾ ايضا وقال المروزي واحد قولي الشافعي يلغو الشرط فيقع في الحال اذ (٤) من حق الشرط تجويز وقوعه واجيب بالمنع كيف وهو (٥) في القرآن فإن استطعت ان تبتغي نفقا في الأرض أوسلما في السماء فتاتيهم باية ﴿ **او** ﴾ كان الشرط ﴿ **مشية الله** ﴾ نحو انت طالق ان شاء الله تعالى فتطلق عند العلم بالمضارة لها وعدم رجاء الاصلاح لان مشية الله حينئذ للطلاق معلومة لقوله ولا تمسكوهن ضرارا وقال المؤ يد التقييد بمشية الله صار (٦) حقيقة عرفية في التأكيد لما قيد به فيقع في الحال وقال زيد والفريقان لا يقع المقيد بها مطلقا لعدم العلم بها .

= بتلك من قد تم مذهبه دونه ولما يتم مذهبكم وهو ما اراده الشارح من المصادره ثم قال والاولى ان يقال قد وقع موجب الطلاق ولكنه اوقع على صفة هي توقيفه على امر اخر كالاسباب التي لها شرط يقف عليه المسبب كرمي الحب في التراب يتوقف نباته على مماسته البلل ولا يقال لم يقع البذر الا عند الشرط والمبذر هو المؤ ثر .

(١) **قوله** : لانه انشا حالي ، اقول : فرق بين ما ذكره المصنف من الآيتين وبين تعليق الطلاق بالشرط بان الطلاق انشا حالي يبطله التقييد بالمستقبل كغيره من الانشاءات كالبيع والنكاح بخلاف تقييد الطلب كما في قوله تعالى فاجنح لها فانه طلب قيد بالشرط وكتقييد الخبر في قوله يغفر لهم فانه خبر قيد بالشرط وهو قوله ان ينتهوا .

(٢) **قوله** : تقدم للشارح في النكاح ما يخالف هذا فراجعه تمت

(٣) **قوله** : وايضا لا يتحقق فيه الطلاق ، اقول : أما هذا فلا يرد على المصنف كما عرفت (١ . ح) .

(٤) **قوله** : اذ من حق الشرط . . . الخ ، اقول : هذه دعوى قال في المنار هذا عايد الى النزاع في ماهية الشرط ثم الظاهر ما قاله المصنف والشارح للاية ونحوها .

(٥) **قوله** : كيف وهو في القران ، اقول : لا يخفى ان الآية كما قاله ايمة التفسير سيقت لبيان حرصه صلّى الله عليّه وآله وسلم على اسلام قومه وتهالكه عليه وانه لو استطاع الاتيان باية من تحت الارض او من فوق السماء لفعل رجاء ايمانهم وهذا تعليق بغرض صحيح وأما قول الرجل لامراته انت طالق ان طلعت السماء مثلا فاي غرض فيه فمن الغاه عن الاعتبار فهو اقرب الى صحيح الانظار .

(٦) **قوله** : صار حقيقة عرفية ، اقول : لو قيل انه يرجع الى القايل ويستفسر ما اراد به ويعامل به لانه مع تردده لا يعرف الا من جهته وبعيد انه قد صار عرفيا يتبادر عند الاطلاق منه احد معانيه .

قلت [١] وهو مبني على ان الضرار مما يصح [٢] تعلق مشية غالله تعالى به كما في قوله تعالى «وكذلك نولي بعض الظالمين بعضا بما كانوا يكسبون» فلا يحقق مشية الله الطلاق عند وجود الضرار وعلى اصل [٣] اخر وهو انه لا يقع غيرُ ما اراده الله سبحانه كان كما عرف من

---

(١) **قوله** : قلت وهو مبني . . الخ ، اقول : هذا وهم فان الذي علق بالمشبه الطلاق نفسه لا الضرار ولذا قال انفا لأن مشية الله حينئذ للطلاق معلومة فالضرار يقع باختيار الزوجين فيخاطب الرجل بقوله لا تمسكوهن ضرارا فيجب عليه الفراق لعلمنا بان الله قد شأه لنهيه عن الامساك حينئذ .

(٢) **قوله** : ممّا يصح تعلق مشية الله به ، اقول : لا يصح الا اذا كان عقوبة كما في الاية والا فلا فقوله انها لا يتحقق مشية الله الطلاق عند وجود الضرار لا يتم على عموم بل اذا كان عقوبه بل اذا كان عقوبة وقع على ان المعلى على المشيئة الطلاق نفسه لا القرار ولذا قال أنفاً لان مشيئة الله حينئذ للطلاق معلومة .

(٣) **قوله** : وعلى اصل اخر ، اقول : لا اصل لا يتنائه على هذا الاصل لانهم يقولون كل واقع مراد لله فتعليق الطلاق بالشرط مراد له تعالى ، وأما عدم وقوعه فليس لان الله تعالى لا يقع الا مراده إذ لا ملازمة بين الامرين وهو واضح والمصنف قد علل بهذا فيما ياتي ايضا والذي استدل به ابن حجر في التحفة لاصحابه الشافعيه بالخبر الصحيح من خلف ثم قال ان شاء الله تعالى فقد استثنى وهو عام للطلاق وغيره وفي خبر لابي موسى الاصفهاني من اعتق او طلق فاستثنا فله ثنياه قال وعليه اصحابنا المتكلمون وبانه يقتضي مشيةً جديدة ومشيته تعالى قديمة فهو كالتعليق بمشية زيد وقد كان شاء والفقهاء قالوا ان مشية الله تعالى لا تعلم لنا هذا كلامه وبه تعرف انه لا وجه لا ستدلال الشارح لهم بما ذكر واختيار المنار مذهب زيد والفريقين مستدلا باحاديث التقييد بالمشية وانها تقطع الكلام عن النفوذ وهو الحق والحاصل انّ هنا ثلاثة اقوال كما ذكره الشارح وللعلماء في الاستثناء في الطلاق واليمين اختلاف ومقاولة طويلة فذهب الشافعي وابو حنيفة الى صحته في الايقاع والحلف فمن قال هي طالق ان شاء الله أو انت حره ان شاء الله او غير ذلك من العبارات فانه لا يقع بذلك طلاق ولا عتاق والدليل عليه ما في السنن انه صلّى الله عليّه وآله وسلم قال والله لا غزون قريشا ثلاثا ثم سكت قليلا ثم قال ان شاء الله ثم لم يغزهم رواه ابو داود وفي سنن الترمذي من حديث ابن عمر رضي الله عنها انه صلّى الله عليّه وآله وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه وذهب مالك انه لا يصح الاستثنا في شيء الا في اليمين بالله وحده وجهرت عباراتهم بتسمية التعليق بالمشية استثنى وقال بعض المحققين سياق الاقوال وادلتها ما لفظه والتحقيق في المسألة ان المستثنى اما ان يقصد بقوله ان شاء الله التحقيق او التعليق فان قصد به التحقيق والتأكيد وقع الطلاق وان قصد به التعليق وعدم الوقوع في الحال لم تطلق قال هذا هو الصواب في المسألة انتهى ، قلت وهو بحمد الله ما اشرنا اليه قريبا انه يستفسر المستثنى عما اراد فان قصده لا يعرف الا من جهته ووجدنا هذا القول بعد عشرين عاما مما كتبناه من هذه الحاشيه .

مذهبهم في الارادة التي هي المشية ﴿والاته﴾ أي الشرط ولو قال وكلماته كما قال في الكافية وكلم المجازاه لكان اولى لان [١] الاله انما هي الحرف ولا حرف في المذكورات الا ﴿ ان و ﴾ اما ﴿ اذ ومتى ﴾ مفردتين عن مساو معها ﴿ وكلما ﴾ فهي من اسماء الظروف ثم لا وجه [٢] لاقتصار المصنف على المذكورات لان بعض كلم المجازاة وان لم تصلح لتعليق الا بقاعات لانها ظروف للمكان فمنها ما يصلح له مثل مهما واذ ما لانهما ظرفان للزمان كمتى واما اطلاق قوله ﴿ ولا يقتضي التكرار ﴾ اي تجدد وقوع الطلاق كلما تجدد وقوع الشرط بعد تخلل الرجعة عند من اشترطه ومطلقا عند غيره ﴿ الا كلما ﴾ فوهم لان التعليق اذا كان على علة تكرر الحكم بتكررها اتفاقا بين ايمة الاصول نحو اذا [٣] زنا فاجلدوه وانما يختلفون في شرط لا يكون علة كما في دخول الدار ومنهم من يوجب التكرار فيه ايضا لان نفس التعليق به وضع لسببيته على ان كلمات الشرط المذكورة ما عدا ان من [٤] الفاظ العموم عندهم فهي مثل كلما في

---

(١) **قوله** : لان الأله . . . الخ ، اقول : هذا على رأي اهل المنطق ولا يلزم المصنف اصطلاحهم بل هو متكلم باللغة والاله لغة ما يتوصل به الى الشيء وكلمات الشروط وصَلٌ الى التعليق ونحوه .

(٢) **قوله** : لا وجه لاقتصار . . . الخ ، أقول: قد صرح بان الاقتصار ليس لانه لا يصح التعليق الا بها حيث قال هذه امهات الات الشرط وهي كثيرة وذكر الامهات يغني عن الفروع وامثلتها واضحة انتهى .

(٣) **قوله** : نحو اذا زنا فاجلدوه ، اقول : صرح الايمة من اهل الاصول بان الامر المعلق على علة يتكرر بتكررها اتفاقا ومثلوه بما ذكره الشارح قال عضد الدين ان المراد اذا علق على علة ثابته عليتها بالدليل وكلام المفرعين هنا غير ذلك او اصل بحثهم في التعليق على الشرط من حيث انه شرط وقد صرح ايمة الاصول بان ما علق على شرط لا يقتضي التكرار نحو اذا ادخل الشهر فاعتق عبدأ من عبيدي قالوا فانه لا يقتضي التكرار وان تكرر ما علق به كما هو رأي المحققين من الجمهور فكلام المفرعين هنا في شرط ليس علة ثابتة عليتها للحكم بالدليل فلو اتفق انه علة شرعية للحكم نحو اذا ازنت هند فهي طالق عند من اوجب التطليق بالزنا وجعله علة الايجاب فانه بتكرر الحكمم وهو وقوع الطلاق بتكرر العلة على حد اذا زنا فاجلدوه والشارح اخرج البحث الى التعليق على العلة ليوهم المصنف والا فلو ابقاه . على ظاهره لكان قويما ولا يقال قد جعل مطلق الشرط علة للحكم لانا نقول قد سبق الجواب بما حققه العضد من المراد بها وتحقيقه ان التكرار من حيث العلة الشرعية التي علق الحكم بها لا من حيث اعتبار المتكلم لعلة من عنده فالعلة التي لا دليل عليها لا يتكرر الحكم بتكررها بل هي كالشرط في عدم التكرار .

(٤) **قوله** : من الفاظ العموم عندهم : اشارة الى انه من نفاه العموم وأما قوله فهي مثل كلما في شمول الازمنة المستقبلة فهو مبني على ان عموم الاشخاص يستلزم عموم الاحوال والازمنة والامكنة وعليه =

شمول الازمنة المستقبلة من وقت التكلم وانما يتجه كلامه على رأي من لم يجعلها للعموم لان دلالتها من دلالة الكلى وانما افادت كلما التكرار اتفاقا لان دلالتها من (١) دلالة الكل لا من دلالة الكلي والفرق بين الدلالتين واضح وحققناه في الاصول على ان (٢) التكرار بكلما انما يتم

= الجمهور كما عرف في الاصول واعلم ان المراد من العموم المذكور معنى ثالث غير ماقاله وهو انه يعم افراد ما تحته في اي زمان او حال او مكان تحقق فيه اتصاف فرد من افراد العام انه مامور بالحكم له فيلزم المامور الاتيان بالماموريه ليخرج عن عهدة ما امر به من دون نظر الى مره او تكرار فانهما ليسا من مدلولات اللفظ العام فاذا قال اي امراة من نساي دخلت الدار فهي طالق اقتضى ذلك وقوع الطلاق على من دخل الدار منهن في اي حين وعلى اي صفة ولا دلالة على تكرار الطلاق لكل واحدة بتكرير الدخول والشارح وهم في تفسير عموم الازمنة والاحوال والامكنة قد ابناه في رسالة حل العقال وبهذا تعلم سقوط قوله هنا ان كلمات الشرط مع كونها للعموم لا دلالة لها على تجدد ولا تكرار.

(١) **قوله** ؛ من دلالة الكل لا من دلالة الكلى ، اقول : قد قرر ان المذكور غير أنَّ من الفاظ العموم وقد تقرر في الأصول ان دلالة العام على افراده من دلالة الكلى على جزئياته لا من دلالة الكل على اجزائه فقوله لان دلالتها من دلالة الكلى تعليل لكونها من الفاظ العموم لا لخلافة كما توهمه عبارته الا انه ينبو عنه تعليله لدلالة كلما على التكرار يكون دلالتها من دلالة الكل لان سياقه قاض بان التكرار لازم لعموم اللفظ والعام كلى لاكل فكيف يعلل دلالة التكرار في كلما بكونها دالة دلالة كل لاكلي فعبارته لا تخلو عن الاظلام اذا اخرها نادا بان التكرار من لازم اللفظ الذي ليس من الفاظ العموم وصدره مصرح بخلافه على انه لا يسلم له ان دلالة كلما من دلالة الكل بل الكلى لانها من الفاظ العموم قال ابن حجر في تحفة المحتاج تنبيه ما هذه تسمى مصدرية ظرفية لانها نابت بصلتها عن ظرف زمان كما ينوب عنه المصدر الصريح والمعنى كل وقت فكل من كلما منصوب على الظرفية لاضافتها الى ما هو قايم مقامه ووجه افادتها التكرار الذي عليه الفقهاء والاصوليون النظر الى عموم ماء لان الظرفية من ادبها العموم الذي فيها المؤكد والحق ان افادتها التكرار وكل اكدته انتهى فانا ان وجه افادتها التكرار من حيث الوضع والاستعمال فهي مختصه من بين الادوات بذلك وبه تعرف بطلان قوله فالجاري على القول بالعموم . . . الخ .

(٢) **قوله** : على ان التكرار بكلما . . . الخ ، اقول بحثهم في كلمات التعليق ناظر الى ما يفيده اللفظ لغة وما ذكره مانع شرعي فاللغة تقتضي التكرار وعارض هذا المقتضى المانع الشرعي فلا اثر للمقتضى مع وجود المانع ولذا نقول انه ما كان للشارح التقييد في صدر القاعدة بقوله بعد تخلل الرجعة ولا يقال كلامنا في الاحكام لا في اللغة فلا وجه لذكر هذا راساً لانا نقول هذه القاعدة اللغوية غير مهجورة في كل حكم بل هجرت هنا للمانع العمل بها في باب الوكالة ونحوها غايته انه استطردها هنا لمّا تكلم على ما هو من بحث الاحكام هنا وهو التعليق .

على رأي من يقول الطلاق يتبع الطلاق ، وأما من لا يقول به فلا أما قبل المراجعة في الطلقة الاولى فظاهر وأما بعدها فلان صحة تعليق الطلقة الثانيـة مشروطة بالرجعة الاولى فالطلقة المتكررة في قوة اذا راجعتك فانت طالق ولا شك في ان مثل هذا التعليق طلاق لمطلقه ولا يصح طلاق المطلقة تنجيزا ولا تعليقا لانه كما لو قيل لاجنبيـة انت طالق اذا صح طلاقي لك ولا يصح اتفاقاً فالجاري على القول بالعموم هو قول ﴿**المويد بالله**﴾ ان كلما ﴿**ومتى**﴾ سوآ في اقتضآ التكرار ، وأما قول المصنف الصحيح عندي ان متى لا تفيد التكرار في حال من الأحوال وانما هي طرف زمان بمعنى حين وهو الذي يقتضيه اصول علم العربيـة فغفلة [1] عما تقتضيه اصول علم الاصول واما ان المويد بالله لم يحكم باقتضاء متى للتكرار الا ﴿ **غالباً** ﴾ لا في بعض الصور فان أراد به ما قامت قرينه على عدم العموم فمسلم ولكن الكلام فيما لا قرينه فيه وان اراد غير ذلك فتلون في القواعد وكانه توهم ان كون الامر المطلق يخرج المامور به عن العهده بفعله مرة وغفل [2] عن كون المقيد بما يفيد العموم يتكرر وفاقا ولا يليق صدوره من مثله ﴿ **ولا** ﴾ يقتضي كون الشرط على ﴿ **الفور** ﴾ شي من كلمات الشرط ﴿ **الا ان** ﴾ اذا وقع التعليق بها ﴿ **في التمليك** ﴾ للطلاق نحو ان يقول طلقي نفسك [3] ان نشيت وهذا كله خبط عشواء لان إن ـ لا دلالة لها على فور ولا تراخ ولا عموم لانها حرف موضوع لمجرد الربط الاستقبالي وانما يحصل الفور من جعل الامر في طلقي نفسك للفور او قرينه العرف ، وأما من لم يجعله

---

(١) قوله : فغفلة عما تقتضيه اصول . . . الخ ، أقـول : فيه ما سلف من وهمه في ان اللفظ العام دال على التكرار فهو غفلة عما تقتضيه اصول علم الاصول مع غفلة اخرا هو تقريره لكون اصول العربيـة تقتضي عدم التكـرار فيها كما قاله المصنف ولكنه اقتضاه علم الاصول ولا يخفي ان قواعد العربيـة والاصول لا تدافع ولا تناقض ولا يصح ان يقال فيها بذلك .

(٢) قوله : وغفل عن كون المقيد . . . الخ ، اقول : الاولى بما يفيد التكرار لما عرفت قريبا من انه ليس كل عام يفيد التكرار فلا يصح الاتفاق إلا على التقييد بما يفيد التكرار .

واعلم ان المصنف قد ذكر ان المويد بالله احترز عما اذا قال الرجل لزوجته طلقي نفسك متى شئت فان متى هنا لا تفيد التكرار وذكر وجه الفرق بين هذه وغيرها من الصور بأن هذه تمليك والتمليك ليس لصاحبه الا المجلس فقط وفعل واحد فقط ونسب هذا الفرق الى المذاكرين واطال في بسطه نقض بما يطول نقله وهو في الغيث .


(٣) فانها اذا لم تطلق نفسها في المجلس لم يكن لها ان تطلق من بعد تمت



لفور ولا تراخ كما اختاره المصنف في الأصول فموضوعها (١) انما هو ربط المشروط بالشرط عند وقوع الشرط متراخيا كان الشرط او فورياً فلو قال لا يعتبر الفور الا في التمليك بإن لسلم من الاعتراض على إن التمليك بان قد تكون مع لم نحو طلقي نفسك ان لم اطلقك فيلزم (٢) ان يعتبر في ذلك الفور ﴿ و ﴾ قد اباه قوله ان الفور لا يعتبر الا في ﴿ **غير ان واذا** ﴾ من

---

(١) **قوله** : فموضوعها انما هو ربط . . الخ ، اقول : هذا الحق في وضعها الا ان المفرعين عبروا عن ربطها في التمليك بالفوريه ولم يختص به المصنف ففي المنهاج للمنووي بعد ذكره ادوات الشرط ولا يقتضين فورا ان علقن باثبات فيْ غير خلع الا انت طالق ان شيت قال ابن حجر واذا شيت فانه يعبر الفور في المشيه بناء على الأصح انه تمليك بخلاف متى شيت انتهى . فجعل ابن حجر اذا امثل ان الا انه لا يخفى ان التفرقه بين اذا وبين متى يدق لان كلا منهما للزمان يعني اي وقت ثم ظاهر كلامهم ان الفورية جات من كلمة ان وكونه تمليكا ولم ياتوا بدليل تسكن اليه النفس على هذه الدعوى .

(٢) **قوله** : فيلزم ان يعتبر في ذلك الفورية ، اقول : قد عرفت ان الفور المدعي استفيد من كلمة ان مع التمليك في الاثبات وهنا انضاف اليهما النافي فافترقا قال النووي ولو علق بنفي فعل فالمذهب انه ان علق بان كان لم تدخلي وقع عند الياس من الدخول قال ابن حجر كأن مات احدهما قبل الدخول فيحكم بالوقوع قيل الموت فجعلها بعدم الفور ككلام المصنف مع النافي واللفور مع عدمه كما سلف قال وبغيرها وقع عند مضي زمان يمكن فيه ذلك قال ابن حجر كأذا وساير ما مر وفارقت ان بانها لمجرد الشرط من غير اشعار لها بزمن بخلاف البقية كاذا فانها ظرف زمان كمتى فتناولت الاوقات كلها فمعنى ان لم تدخلي ان فاتك الدخول وفواته بالياس ومعنى اذا لم تدخلي اي وقت فاتك الدخول فوقع بمضي زمن يمكن فيه الدخول فتركته انتهى . وبه تعرف صحة ما اوردناه عليه من انه لا وجه لجعله اذا في الاثبات كأن دون متى فانه هنا سوا بينهما في النفي بجامع الظرفية التي هي ثابته لهما في النفي والاثبات وبه يعلم عدم صحة جمع المصنف هنا بين اذا وان في النفي بل ان انفردت في النفي بانها للتراخي الى الياس وما قاله النووي وابن حجر من ان اذا لم للفور قد نقله المصنف عن ابي يوسف ومحمد قال وصححه الامام يحيى بن حمزة الا انه اختار ما ذكره الاخوان من انها كأن لم في التراخي ولذا ضمها اليه في الازهار قال لانه قد كثر جريها في لغة العرب مجرا ان غيرنا ظرين الى معنى التوقيت قلت فيلزم ان يضم اليها في الاثبات ولم يقولوا بذلك وقد طول في الغيث واظرب كلامه حتى نقل عن ابي حامد ان جميع الفاظ التعليق للفور عند التعليق بمشية الزوجة وهكذا عندنا انتهى . مع تخصيصه لكلمة ان في الازهار فقط ولم نرد بنقل كلام النووي وابن حجر ان كلامهما حجة على الشارح بل لما رأيناه اطال التهجين على المصنف حتى كأنه انفرد بما قاله عن العلماء بينا ان الذي اتابه قد سبقه اليه غيره من ايمة العلم والعهده في كلام الجميع الرجوع الى الادلة وهي ابحاث لغوية المرجع فيها الى النقل عن اللغة .

كلمات الشرط الواقعة ﴿ مع لم ﴾ وأما ان واذا فانهما للتراخي معها قال في الغيث [١] وانما لم تجعل اذا لم للفور كما جعلناها له في التمليك نحو اذا شيت لان لها معنيين شرطي وظرفي فحملناها في مثال التمليك عليهما فافادت العموم الشامل للزمان الحاضر وأما في اذا لم فانا رجحنا الشرطي لان الاصل عدم الطلاق انتهى وهذا الكلام خبط ايضا لان قوله فيه كما جعلناها له في التمليك نقض لحصر اقتضاء الفور في التمليك على ان وأما قوله ان الاصل عدم الطلاق فغلط فاحش لان الطلاق قد وقع بوقوع شرطه وهو الانتفا في الحال ثم الفرق بين موقعيها فرق بغير فارق لاستوا الظروف الشرطية في ان جزاءها موقت بشرطها اثباتا كان شرطها او نفيا لكن الاصل عدم الاثباتي بخلاف المنفي فهو الاصل فان قيل انت طالق اذا لم تفعلي فهو توقيت

---

(١) **قوله** : وقال في الغيث . . . الخ ، اقول : تتبعا الغيث هنا وفي شرح قوله فيما ياتي الا المشروط بغير ان ففيه وبعده فلم نجد فيه قطره بلفظ ما سرده هنا عنه وساقه بل خلاصة ما فيه هو ما قدمناه من حمل كلمة اذا في النفي على ان لا في الاثبات فقد انفردت ان بالفورية وقال في كلمة اذا لما كثر مجيء اذا شرطية كأن وظرفية كاذا لزم حيث تحتمل المعنين جميعاً ان يحملها على الشرطية لان الاصل عدم الطلاق فيرجح حينئذ الشرط فيها انتهى وقوله كإذا ثابت في نسخ الغيث وهو سبق قلم وصوابه كمتى فالمصنف قد ابان ان اذا لم كأن لم ينفعان في التراخي ويفارق اذا عند اتصال النا في بها اخواتها من الظروف فتكون للتراخي كما تكون ان عند ذلك الحاقا لها بان لجامع الشرطية وكثرة مجيء اذا لها ولان الاصل عدم الطلاق فالتراخي في اذا لم حصل الامرين لكثرة استعمالها شرطية ولان الاصل عدم الطلاق ولم يقل المصنف قط ان اذا للفور في التمليك بل صرح بخلافه فقال اذا قال انت طالق اذا شيت او متى شيت كان لها ان تطلق في المجلس وبعده لان اذا ومتى لا يقتضيان الفور وكما تقتضيه ان فهذا تصريحه بنقيض ما قاله عنه الشارح ثم عبارة الشارح المنقولة عن المصنف مختلفة فقوله انما لم يجعل اذا لم للفور كما جعلناها له في التمليك ثم مثل بالمثبتة ثم قوله انه حملها في مثال التمليك على معنييها الشرطي والظرفي غير صحيح اذ ملاحظة الشرطي يقتضي الفورية كأن وملاحظة الظرفي يقتضي التراخي كمتى وبالجملة هذا الكلام من الشارح والنقل خبط كما قاله في حق المصنف ولسان حال المصنف رمتني بدائها وانسلت وبه تعرف بطلان قوله نقض لحصر اقتصار الفور واما قوله فلان الطلاق قد وقع بوقوع شرطه فلا شك فيه لان الحق ان اذا لم للفور كاخواتها من الظروف كما قدمناه عن النووى وابن حجر ونقله المصنف عن ابي يوسف وأما قوله ثم الفرق بين موقعيها فوهم تفرع من غلطه عليه في النقل كما ان قوله فافادت العموم خبط فانه لم يجعلها للفور في حال من الاحوال فلم يذكر المعلل وهو كونها للفور ولا العلة وهي عمومها للزمان وانما ذكر ان اذا لعموم الزمان في بحث اخر وهو انه اذا تواردت هي ومتى على الجملة ذكر ذلك لاجل حكم يتعلق بمتى في شرح قوله غالبا الا انه جعل ذلك علة للفورية ولقد كشف الشارح في هذا البحث عن قوة ساعده في الوهم وعدم تثبته في النقل .

بوقت عدم الفعل المطلق وهو حاصل حال اللفظ لان الاصل عدم الفعل ، وأما اذا كان الفعل الذي وقع التقييد بانتفائه مقيدا بمستقبل نحو اذا لم تفعلي غدا فالقيد حينئذ انتفا خاص فيتقيد به الجزاء ولا يكون للفور ثم قوله فافادت العموم خبط لان معنى اقتضا الفور اختصاصه بصحة الفعل فيه بحيث لو وقع تراخ لا نقطع الطلب واحتيج الى تجديده فالمصنف ان اراد ان ما ذكره وضع تجدد فازال مدلولات هذه التراكيب الاصلية فلا نعرفه وان اراد ان هذه معانيها اللغوية فوهم فاحش وما زال كلام المصنف وغيره في أمثال هذه المقامات كلام من لم يرج رايحه علمي الاصول والوضع ﴿ **ومتى تعدد** ﴾ الشرط ﴿ **لا بعطف** ﴾ ولا كان كل من المتعددات قيدا للاخر بل كلها قيود للجزا ﴿ **فالحكم للاول** ﴾ في اللفظ ﴿ **وان تاخر وقوعه** ﴾ في الخارج لكن انما يكون الحكم له ﴿ **ان تقدم الجزاء** ﴾ على الجميع من الشروط نحو انت طالق ان أكلت ان شربت على ان الشرطين كلاهما قيد ان [١] للطلاق اذ لو كان احدهما قيد اللاخر لم تطلق حتى تجمعهما مقدمة للاخر ايضا لانه يصير تعليقا للطلاق بالاكل وقت الشرب لما علم في البيان من ان التقييد بالشرط كالتقييد بالظرف ومنه قوله تعالى «ولا ينفعكم نصحي ان اردت ان انصح لكم ان كان الله يريد ان يغويكم» فانه في قوة لا ينفعكم ان نصحت وقت [٢] ارادة الله تعالى اغواكم ليكون مفهومه انه ينفعكم نصحي وقت عدم أراده الله أغواكم ، وفي [٣] جعل الحكم للاول بحث حاصله مخالفته لقواعد البيان فان فصل جملة احد الشرصين

---

(١) **قوله** : قيد ان للطلاق ، اقول : في الغيث وانما جعل الحكم للشرط الاول دون الثاني والثالث يعني لو جئت مثلا به لان الثاني غير معطوف على الاول ولا الثالث يعني فلم يشاركا الاول في تعليق الطلاق والاول هو المشروط به الطلاق فقط والثاني كلفظ مبتدا انتهى وبه تعرف عدم صحة كلام الشارح انهما قيد ان بل القيد ليس الا الاول وأما قوله اذ لو كان احدهما قيدا للاخر فخروج عن المسألة هي تعدد الشرط والقيد ومقيده شيء واحد لاتعدد فيه ولو كانا قيدين جميعاً لكان الحكم لهما معا لا للاول وهو في تعليل كون الحكم للاول .

قوله : وقت ارادة الله اغوائكم ، اقول قد استشكل ارادة الله للاغوا ولا اشكال فيه لابه يجوز عقوبة على سابق المعاصي نظير ونقلب افئدتهم وابصارهم كما لم يؤمنوا به اول مرة وللناس كلام كثير في الآية .

(٣) **قوله** : وفي جعل الحكم للاول بحث ، اقول : هو جار على قواعد باب الفصل والوصل والانشايتان (١ . ح) هنا من الجمل التي ليست لها من الاعراب محل وحكمهما في العطف وتركه ما ذكر ولقد احسن بهذه النباهة .

. . . .

(١ . ٢) جملة الشرط خبرية لا انشائية كما هو معلوم .

عن الاخرا انما يكون لان بينهما كمال الانقطاع او كمال الاتصال او شبه كمالهما ولا سبب لكمال الانقطاع هنا لانه انما يحصل (١) باختلافهما خبرا وانشا كما علم ولا لنسبة كمال الاتصال لانه انما يكون حيث تكون الجملة الثانية جوابا لسؤال اقتضته الاولى فبقي سبب ترك العاطف اما شبه كمال الانقطاع وهو كون العطف موهما خلاف المقصود لكن العطف هنا لا يوهم الا اعتبار (٢) الجمع فيكون الظاهر من تركه ان علة الفصل اما كون الثانية قيدا للاولى كما في الآية الكريمة وما كون بينها وبينها كمال الاتصال وليس الا البدل هنا لظهور عدم التأكيد والبيان باختلاف معنى الشرطين واذا اتعين الشرط الثاني للبدلية كان اضرابا عن الاول وكان كالعطف ببل وذلك (٣) بمنزلة الرجوع ولا يصح .

---

(١) **قوله** : انما يحصل باختلافهما خبرا وانشا ، اقول : بقي سبب ثالث لكمال الانقطاع هو فقد الجامع ولذا قالوا لا يجوز العطف في العلم حسن ووجه زيد قبيح مع اتفاقهما خبرية .

(٢) **قوله** : الا اعتبار الجمع ، اقول : لا يخفى ان الشارح رحمه الله يجعله للشرطين كليهما قيدا قد اعتبر الجمع فهو كما لو اتى بالعاطف فهذا رجوع منه الى ان الجمع غير معتبر كما اشار اليه المصنف .

(٣) **قوله** : وذلك بمنزلة الرجوع ، اقول : الرجوع عن القيد لا عن المقيد فانه مثبت وانما اضرب عن قيده ولا وجه لعدم صحة الرجوع عن القيد والا لقلنا لا يصح باب البدل من اصله من هذا النوع فلا يتم قوله ولا يصح وسوا كان بعد ذكر الجزاء أو قبله لأن للمتكلم تمام كلامه فلا يحكم عليه ولا له بعد فراغه منه ومن جملة كلامه الابدال هذا وقد عرفت انه يكون الحكم على تقريره للآخر عكس كلام المصنف لكن المصنف جعل الشرط ليس الا الاول وما بعده استيناف كما عرفت ولكنه لاوجه للاستيناف فما ذكره الشارح اقرب ثم هذا البحث يعينه يجري في صورة تاخر الجزا وان جملتي الشرط منه لم تربط بعاطف فهو اضراب عن الاول بالحكم الثاني وياتي هذا للشارح واعلم ان لصاحب المنار بحثا اخر هنا خلاصته انه قد يقرر ان الشرط قيد للجزا وكل شرط قيد فتعدد الشروط من تعدد القيود وفي ذلك خلاف معروف في الاصول فالحنفية تعيد اللقيد الى الآخر من الجمل كما قالوا في تعدد الاستثناء ونحوه والشافعية الى الاول والكوفيون اعتبروا اعمال الاول في باب التنازع والبصريون الثاني ثم قال ان المقيد ما حققه في تعاطف الجمل من انه جاء الاستعمال شايعا في عود الضماير والشرط والاستثنى وساير القيود والمتعلقات كالاخبار والمفاعيل تارة الى الكل وتارة الى اي بعض بين ذلك القراين ولم ينكر ذلك احد ولا قايل انها مجاز وخلاف الظاهر فاذا عدمت القرينة فليبق على الاحتمال انتهى . وهو ظاهر في انه لا يحكم لاحد القيود الا بالقرينة ولا يخفاك انه قد جعل تعدد المقيدات اسم مفعول وتعدد القيود شيئا واحدا في هذا الحكم والمحل بعد محل تامل .

قلت أما (*) الرجوع قبل ذكر الجزا فصحيح ﴿ **وان تاخر** ﴾ الجزا نحو إن اكلت ان شربت فانت طالق على ان كلا من الشرطين (١) قيد له لو كان احدهما قيدا للاخر كما في قول ابي بكر بن دريد

فان عثرت بعدها ان (٢) وألت نفسي من هاتا فقولا لالعا

كان تزبلة تنزيل الاية المقدم تحقيقه ﴿ **او عطف المتعدد باو** ﴾ وان تقدم الجزا نحو انت طالق أو شربت ﴿ **او** ﴾ عطف ﴿ **بالواو مع ان** ﴾ تقدم الجزا او تاخر نحو ان اكلت وان شربت ﴿ **فلو احد** ﴾ يكون الحكم اما في صورتي العطف فظاهر واما في الاولى فعليه الحث المذكور انفا ﴿ **وينحل** ﴾ التعليق من اصله بمعنى انها اذا طلقت بفعل واحد لم تطلق ثانيا بفعل الثاني لكن هذا وهم لما عرفت من ان الشرط قيد لحكم الجزا في قوة الظرف فلا يتمشى الا في صورة العطف باوولانه يصير في قوة انت طالق في وقت الاكل او وقت الشرب ، واما في صورة عدم العطف راسا فبالثاني لان الظاهر انه بدل او قيد للاول كما عرفت ، واما في صورة العطف بالواو مع ان فلا وجه للانحلال لان (٣) الظاهر استقلال كل واحد من الشرطين بالسببية للجزا ﴿ **و** ﴾ ليس كما اذا عطف ﴿ **بالواو** ﴾ مجردة عن زيادة ان نحو ان اكلت وشربت فان الحكم يكون ﴿ **لمجموعة** ﴾ لان حروف الجمع والتخيير كالقيود الزايدة

---

(١) **قوله** : على ان كلا من الشرطين . . . الخ ، اقول : لا يخفى انهما لو كانا قيدين لما صح ان يكون الحكم لواحد وقد قال المصنف فلواحد .

(٢) **قوله** : ان والت اي طلبت النجاح وقوله فقولا لالعا اي لا اقاله الله ولا نجاه .

(٣) **قوله** : ان الظاهر استقلال كل واحد من الشرطين بالسببية ، اقول : ان لوحظت الواو فهي ظاهرة في جمع الامرين المعلق عليهما الحكم وان لوحظت الشرطية فهي ظاهرة في طلب الجزاء وانه حذف لدلالة الاخر عليه وان المراد ان اكلت فانت طالق وان شربت فانت طالق فليس التركيب بظاهر في الاستقلال ولا في عدمه بل محتمل .

. . . .

(*) الذي فهمته من كلام الشارح في تعدد الشرط مع تقدم الجزا انه اما ان يكون فيه الشرط الثاني قيدا للاول فلا تطلق الا بجمعهما مع تقدم الاخر اذا التقدير انت طالق ان اكلت وقت شربك واما ان لا يكون الثاني قيدا للاول فهو بدل ولا يصح فيه الابدال الغلط ولا يصح الرجوع في الطلاق فيقع باحد الشرطين كما يدل عليه اخر كلامه وان تاخر الجزا فان كان الثاني قيدا للاول فلا تطلق الا بجمعهما مع تقدم الاخر وان كان غير قيد فهو بدل غلط كالعطف ببل فتكون الحكم للثاني اذ الرجوع في الشرط صحيح هذا ما ظهر من كلامه وفي المنحة او هام في تفسير الكلام فلينتبه والله اعلم . كاتبه عفى الله عنه .

والكلام اذا اشتمل على قيد زايد توجه الاثبات والنفي والشرط اليه فهو في قوة ان جمعت بين الاكل والشرب ولهذا لو قال ان اكلت فشربت بالفا لم تطلق الا بالترتيب لتوجه الشرط اليه بخلاف بل فان الشرطين اذا تقدما معها كان الحكم للثاني وان تاخر اطلقت بفعل ايهما اذ لاحكم للرجوع عن الشرط الاول بعد الايقاع المقيد به .

﴿ فصل ﴾

﴿ ويصح التعليق ﴾ للطلاق ﴿ بالنكاح والطلاق ﴾ لغير[1] الزوجة المعلق طلاقها اما هي فلان الطلاق المعلق انما يقع وهي مطلقة والطلاق لا يتبع الطلاق عندنا ، واما النكاح فلان المراد به غير النكاح الموحود وغير المجود لا يقع الا بعد بينونة فلا يتعلق الطلاق المعلق بالنكاح الموجود لانه انقطع بالبينونة ولا بالواقع بعد البينونة لان التعليق وقع مع توسط البينونة بين الشرط وجزائه فهو كما قال لاجنبية اذا تزوجتك فانت لا يقع لعدم ملكه الطلاق قبل النكاح ﴿ نفيا ﴾ كان المعلق نحو ان لم انكح او ان لم اطلق غيرك فانت طالق ﴿ واثباتا ﴾ نحو ان نكحت او طلقت غيرك فانت طالق وسواء كان النكاح والطلاق المعلق عليهما الطلاق ﴿ لو احده ﴾ من النساء ﴿ او اكثر و ﴾ يصح التعليق بـ ﴿ بالوط ﴾ للزوجة المعلق طلاقها او غيرها ﴿ فيقع ﴾ الطلاق ﴿ بالتقا الختانين ﴾ بناء على ان الوط قد صار حقيقة عرفية في ذلك ﴿ و ﴾ اذا كان التعليق بالوط المعلق طلاقها كانت ﴿ التتمة ﴾ اي التتميم لايلاج ما بقي بعد الختانين ﴿ رجعة في ﴾ الطلاق ﴿ الرجعي ﴾ قال المصنف لا في البابن

فصل ويصح التعليق :

(١) **قوله** : لغير الزوجة ، اقول : هو قيد للتعليق بالطلاق لاله وللتعليق بالنكاح فانه يصح ان يقول لمن تحته ان تزوجتك فانت طالق ثم يطلقها فتزوج بها طلقت لانه جعل طلاقها ان يتزوج بها فاذا تزوج فقد وجد الشرط كذا قاله المصنف الا ان الشارح كما تراه اعترضه بان توسط البينونة صيرها اجنبية ويقال انه معلوم ان تزوجه بزوجته التي هي عنده حال التعليق لايكون اي تزوجه بها الا وقد بانت منه وتقدير كلامه ان بنتي مني فتزوجتك بعد حلك لي فانت طالق فيقع الطلاق عند تزوجه بها هذا مراد المصنف فتوسط البينونة معلوم من الحكم الشرعي وليس ذلك كما لو قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق اذ التعليق هنا وليست تحته بخلاف الصورة المرادة للمصنف فانه على نكاحها بطلاقها وهي تحته ومنكوحة فرأى المصنف هذا فارقا بين الصورتين والتحقيق ان الطلاق فيهما على اجنبية كما قاله الشارح .

فالاقرب انه يحد مع العلم لامع الجهل وهو ساقط لان اسم الزنا لا ينطلق على التتمة بمجردها لان الزنا ايلاج الذكر والتتمة (١) لا ينطلق عليها اسم الذكر لان اسم الكل ليس اسما للبعض الا مجازا يحتاج في اثبات احكام الحقيقة له الى دليل ﴿ و ﴾ يصح تعليق الطلاق ﴿ **بالحبل** ﴾ للمطلقة ﴿ **قبل فكيف** ﴾ عن وطيها ﴿ **بعد الانزال حتى يتبين** ﴾ اذا كان الطلاق باينا ولما كان الاصل عدم وقوع الشرط حتى يعلم اشار المصنف الى ضعف المسألة بقوله قيل ﴿ و ﴾ يصح التعليق ﴿ **بالولادة فيقع** ﴾ الطلاق ﴿ **بوضع** ﴾ ولد ﴿ **متخلق لا** ﴾ اذا كان الشرط ﴿ **وضع الحمل فمجموعه** ﴾ يقع الطلاق لا ببعضه كاحد التوأمين ﴿ و ﴾ يصح التعليق ﴿ **بالحيض فيقع** ﴾ الطلاق ﴿ **بر وية الدم ان تم حيضا** ﴾ شرعيا على ما تقدم في بابه وكل على اصله ، وما كان احوج المصنف الى ترك هذا الفصل الذي لاوجه لتخصيص ما ذكر فيه من الافعال والاحوال بالتعليق بها دون غيرها .

﴿ فصل ﴾

﴿ **وما علق** ﴾ لا يخفاك ان التعليق انما هو بالشرط والمراد هنا ما قيد ﴿ **بمضى حين** ﴾ نحو انت طالق بعد مضى حين ﴿ **ونحوه** ﴾ بعد مضى وقت او دهر او زمان او حقب ﴿ **قبل وقع بالموت** ﴾ فقط ، قالوا لان الحين ونحوه يطلق على القليل والكثير من الزمان فلما احتمل القليل والكثير والاصل ان لا طلاق بقينا على الاصل حتى مات فانكشف انها طلقت قبل موته وكل هذا هوس لان التقييد بمطلق يصدق في اي قدر منه فتطلق بعد مضي لحظة كما اختاره (٢) المصنف وهو صريح قول اصحاب الشافعي ثم القول بان الاصل عدم الطلاق مكابرة وان أريد عدم حصول قيده فباطل لحصوله باي قدر من الزمان والا لم تطلق

---

(١) **قوله** : والتتمة لاينطلق عليها . . . الخ ، اقول : كانه سقط لفظ ايلاج لان التتمة ايلاج الذكر لان الزنا ايلاج الذكر في فرج محرم شرعا والزوج عند اول ادخال ذكره ادخله في فرج غير محرم وعند انتهائه الى محل الختانين صار محرما لوقوع ماعلق به الطلاق .

فصل وماعلق بمضى حين .

(٢) **قوله** : كما اختاره المصنف ، اقول : اطال المصنف في بيان ضعف ما في الازهار للاصحاب ثم قال فالصحيح عندي ماذكره اصحاب الشافعي في هذه المسألة قالوا ولو قال انت طالق الى حين او زمان او عصر طلقت بعد لحظة وذلك انه قيده بمضي حين وحين يطلق على اللحظة فصاعدا .

بالموت لان ما قبل الموت بعض من الحين ولهذا اشار الى ضعفه بالقيل ﴿ و ﴾ اما قوله ان ﴿ منه ﴾ أي مما علق بمضي حين يقول انت طالق ﴿ إلى حين ﴾ فوهم صريح لان إلى ظاهرة في الغاية والطلاق لايتغيا وجعلها بمعنى مع وان صح فهو مجاز والاطلاقات انما تنصرف الى الظاهر وهو الحقيقة (١) ﴿ و ﴾ اذا قيد الطلاق بوقت معين نحو انت طالق غدا او يوم الجمعة فانه ﴿ **يقع باول المعين** ﴾ واسم الكل وان كان لا ينطلق على البعض فهو ظرف والمظروف لا يجب حصوله في جميع اجزا الظرف ﴿ و ﴾ يقع الطلاق في ﴿ **أول الأول** ﴾ من الوقتين في اللفظ ﴿ **ان تعدد كاليوم غدا** ﴾ قيل وكذا لو قال انت طالق غدا اليوم فانما يقع (٢) غدا ﴿ و ﴾ فيه نظر بل هو كما ﴿ **لو** ﴾ تعدد الوقت ﴿ **بتخيير** ﴾ نحو اليوم او غدا او غدا او اليوم ﴿ **او** ﴾ تعدد ﴿ **جمع** ﴾ نحو اليوم وغدا او غدا واليوم فانها تطلق باولهما حصولا لا اولهما ذكرا وحينئذ لاوجه لقوله ﴿ **غالبا** ﴾ لانه احترز به عما لو قال غدا واليوم قال فانها تطلق باول الاخر وقد عرفت انه الاول حصولا فتطلق به دائما ﴿ و ﴾ اذا قال انت طالق ﴿ **يوم يقدم** ﴾ زيدو ﴿ **ونحوه** ﴾ يوم ادخل الدار فانها تطلق ﴿ **لوقته** ﴾ اي وقت القدوم ونحوه ليلا كان او نهارا لان ذلك مدلول العبارة ﴿ **عرفا** ﴾ وقال الشافعي مدلول اليوم وضعا هو النهار فلا تطلق اذا قدم ليلا ﴿ و ﴾ اذا قال انت طالق ﴿ **اول اخر اليوم وعكسه** ﴾ اخر اول اليوم طلقت ﴿ **لنصفه و** ﴾ انت طالق ﴿ **امس لا يقع** ﴾ خلافا لابي حنيفة والشافعي لنا انه علقه بمستحيل لم يقع فلا يقع قالوا ليس بتعليق وانما هو اقرار (٣) وتتجيز

---

(١) **قوله** : وهو الحقيقة ، اقول : قد منع عن الحقيقة عدم توقيت ﴿**اي بغاية**﴾ الطلاق فتعين حملها على المجاز والا فماذا يكون فان الشارح شكك في الحقيقة والمجاز وقد وجد الاستعمال للفظ من عارف لمعناه كما هو الفرض الا ان يدعى انه يلغو ويقع الطلاق بعد حين فيعود الى انها بمعنى مع .

(٢) **قوله** : فانما يقع غدا اقول : في تحفة ابن حجر انه اذا قال انت طالق اليوم غدا انه يلغي المحال وهو قوله غدا (١ . ح) ويقع الطلاق في يومه والمحال هو اجتماعهما من جهة واحدة .

(٣) **قوله** : انما هو اقرار وتنجيز أقول : في التحفة انه اذا قال انت طالق امس وقع حالا عملا بالممكن وهو الوقوع بانت طالق والغاء مالايمكن وهو قوله امس ومثله انت طالق قبل ان لاتخلقي ومثله انت طالق لا في زمن وحاصله الغاء المحال ووقوع الطلاق وليس فيه التعليل بما قاله الشارح ولا يصح لان الفرض انها طلقت بهذا اللفظ لا انه اخبار عن انها طلقت في وقت ماض بلفظ اخر ولكنه عد صورا وقع فيها الطلاق بالغا المحال وصورا لم تقع لعدم الغائه واطال في وجه التفرقة .

. . . .

١ ـ ٢) يعني وفي عكسه وهو انت طالق غدا اليوم يلغى اليوم وبهذا يخالف كلام الشارح .

استثناء بقوله امس فلا يقبل كما تقدم في لا لسنة ولا لبدعة ﴿ و ﴾ اذا قال انت طالق ﴿ **اذا مضى يوم** ﴾ وكـان هذا القول ﴿ **في النهار** ﴾ طلقت ﴿ **بمجي مثل وقته** ﴾ اي مثل وقت القول ﴿ و ﴾ اذا قاله ﴿ **في الليل** ﴾ طلقت ﴿ **لغروب شمس** ﴾ اليوم الذي هو ﴿ **تاليه** ﴾ اي متعقب لليـل ﴿ و ﴾ اذا قال انت طالق وقت القمر كان ﴿ **القمر لرابع الشهر الى سبع وعشرين والبدر** ﴾ اذا وقت الطلاق به لم تطلق الا ﴿ **لرابع عشرة** ﴾ في الشهر ﴿ **فقط و** ﴾ اذا قال انت طالق يوم ﴿ **العيـد و** ﴾ كذا اذا قال في ﴿ **ربيع و** ﴾ مثلهما لو قال في ﴿**جمادي و**﴾ كذا لو قال وقت ﴿**موت زيد وعمر**﴾ فانها تطلق ﴿**لأول الاول** ﴾ من العيدين او ربيعين او جمادين واما موت زيد وعمرو فمبني على ان التوقيت يخالف التعليق فاذا قال اذا مات زيد وعمرو فانت طالق لم تطلق الا بموتهما جميعا بخلاف انت طالق اذا مات زيـد وعمرو فانها تطلق بموت الاول وهو فرق من وراء الجمع لأن التعليـق والتوقيت كلاهما تقييد والقيد هو المجموع بحكم واو الجمع فاعتبار الاجتماع في قيد دون الاخر تحكـم صرف ﴿ و ﴾ اذا قال انت طالق ﴿ **قبل كذا** ﴾ طلقت ﴿ **للحال** ﴾ والوجه ان القابلية حاصلة وقت التكلم ﴿ و ﴾ اما اذا قال قبل كذا ﴿ **بشهر** ﴾ فانما تطلق ﴿ **لقبله به** ﴾ اي بالشهر وكذا انت طالق قبل كذا وكذا بشهر يطلق لقبل اخرهما به اي بالشهر لكن هذا لمهر في مخالفة ما اختاره في موت زيد وعمرو وفي موافقة ما ذكرناه هناك وانما يناسبه قول السيد يحيى وغيره انها تطلق قبل موت الاول بشهر وهو قول ابي [١] حنيفة واما ذكر الشهر فلا يكون فارقا لان الشهر يعتبر قبل موت مجموعهما الذي يحققه موت الاخر لا قبل موت واحد منهما فلا يكون مستحيلا [٢] كما يتوهم غايته ان يكون قبل موت الاول ﴿ **الآخر** ﴾ باكثر من

---

(١) **قوله** : وهو قول ابي حنيفة ، اقول : قال المصنف وجه الاول ان وقت الطلاق يتقدم بشهر على موتهما ولم يحصل موتهما الا بموت الاخر فاعتبر بالشهر من موته لانه الذي وقت به في الحقيقة كانه قال انت كذا قبل حصول موتهما جميعا بشهر فافهم ذلك وهو واضح لا اشكال فيه هذا كلامه وضعف كلام السيد يحيى بقوة الاول .

(٢) **قوله** : فلا يكون مستحيلا كما يتوهم اقول : هو اشارة الى ماقاله المصنف عن علي بن سليمان انه لايقع لاستحالة الشرط لانه لايمكن ان يقع قبلهما بشهر حيث اختلف وقت موتهما لانه اذا كان قبل الاول بشهر كان قبل الثاني باكثر من شهر وان كان قبل الاخر بشهر كان قبل الاول باقل فلم تطلق قبل الاول وهو معلق بموتهما جميعا وحكى هذا القول عن الرازي الحنفي فقول الشارح في رده ان الشهر يعتبر قبل موت مجموعهما . . . الخ ، كلام قويم لانه مفاد حرف العطف .

شهر والشهر قد حصل بحصول اكثر منه ﴿ و ﴾ الطلاق ﴿ **يدخله الدور** ﴾ وهو توقف حصوله على حصوله قالوا وله صور منها ان يقول لزوجاته انتن طوالق ان لم تطلق احداكن بهذا الطلاق[١*] فيتدافع لانه يتوقف وقوع الطلاق على عدم وقوع الطلاق[٢*] فلا يحصل طلاق راسا .

قلت لكنه اذا حصل التمانع لم يطلقن واذا لم يطلقن فقد حصل الشرط فيطلقن (١) وكذا لو قال للواحدة انت طالق ان لم تطلقي بهذا الطلاق ومنها لو قال انت طالق واحدة بعد واحدة فلا تقع الثانية على اصل لهدوية لان المحل لا يكون قابلا لها ولا تقع اولى لانها ليست بعد واحدةومنها انت طالق قبل ان يقع عليك طلاق مني بساعة فاذا طلقها بعد ذلك انكشف انها مطلقة قبل بساعة فلا يقع واذا لم يقع فلا قبل له فلا يقع الموقت الا انه لا يخفى ان هذه الصور ليست بدور وانما هي تعليق بما لا وقوع له فهو من التعليق بالمستحيل لان المراد الاستحالة العقلية او العادية او الشرعية هذا ما قالوا ولا يذهب عنك ان قول المطلق قبل ان يقع عليك طلاق مضاف ومضاف اليه والمضاف (٢) انما يتحقق من حيث اضافته يحقق المضاف

---

(١) **قوله** : فيطلقن ، اقول : مفاد الترتيب ـ تركيب انتن طوالق بشرط عدم طلاق واحده منكن بهذا الطلاق وقوع الطلاق على المخاطبات (١ . ح) الا واحده منهن وغايته انها ملتبسة لا وقوع الطلاق على الكل كما قاله الشارح ولا تدافعه ومثل هذا التركيب في افادة ما ذكرناه قوله من لم تطلق منكن فصواحبها طوالق فانه يقع على المخاطبات لا واحدة ملتبسة اذ هو بمعنى المرأة التي لم يقع عليها طلاق منكن صواحبها طالقات فمن قال (٢ . ح)يطلقن جميعا في هذه الصورة فما وجهه واضح ، واما قوله لواحدة انت طالق ان لم تطلقي بهذا الطلاق فهو متدافع غير واقع لانه يقول انت طالق بشرط ان لاتطلقي .

(٢) **قوله** : والمضاف . . . الخ اقول : لاشك ان القبلية اضيفت الى وقوع الطلاق فلا يتحقق له قبلية الا اذا تحقق وقوع طلاق ولا تحقق لوقوعه لامتناعه ولا قبل له فالمعلق على القبلية وهو انت طالق متوقف على تحققها وهو وقته المتأخر عن تحقق الناجز فهنا قيد ومقيد ومضاف ومضاف اليه فالقيد القبلية والمقيد انت طالق والقيد مضاف والمضاف اليه وقوع الطلاق ولا تحقق لوقوع الطلاق لما علمت من استحالة وقوعه شرعا فلا تحقق له قبلية وهي الزمان الذي قيد به انت طالق واذا لم يتحقق زمان لم يتحقق هو =

. . . .

١*) فلو ماتت احداهن وتعذر طلاقها برضاع او غيره وقع الطلاق عليهن .

٢*) اذ طلاقهن يتوقف على عدم طلاق احداهن وطلاق احداهن يتوقف على طلاقهن .

(١ . ح) هذا وهم فتأمل .

(٢ . ح) المقبلي في المنار .

اليــه فهو فرعه ولهذا قالوا ان المحال لا قبل له فاذنْ يكــون حصول المعلق متوقفا على تحقق وقته المتأخر عن تحقق الناجز نفسه وتحقق الناجز ليس بمحال فيقع ويصير المعلق كما لو قال انت طالق عقيب طلقه كما هو حاصل علة ابطال التحبيس وذلك لا يقع عند من منع تتابع الطلاق ولهذا تعلم بطلان قولهم ان الناجز محال لان احالته مبنية على تقدم المعلق عليه وعلى حصول التمانع وكلا الامريـن وهم كما عرفناك ﴿ولا يصح التحبيس﴾ قد قال المصنف في البحر التحبيس والدور والتنافي بمعنى واحد وصورة عامة وخاصة فالعامة كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق قبله ثلاثا ونحوه والخاصة اذا طلقتك طلاقا رجعيا فانت طالق قبله ثلاثا فينحبس الرجعي واذا طلقتك ثلاثا فانت طالق قبله ثلاثا فينحبس التثليث انتهى . واذا كان الدور والتحبيس بمعنى فكيف (١) يقول يدخله الدور ولا يصح التحبيس ثم معنى عدم صحة التحبيس هو (٢) انه يقع الناجز لان الشرط وقع في حال عدم المانع لوجوب تقدمه قبل

= ضرورة انه لابد لكل واقع من زمان فالمعلق انت طالق ووقته قبل المضاف الى جملة ان يقع وهو وقت له متأخر عن تحقق الناجز نفسه وهو وقوع المضاف اليه فانها لاتحقق قبليته حتى يتحقق فقوله عن تحقق الناجز متعلق بتاخر وتحقق الناجز نفسه اراد به وقوع مدلول ان يقع وفي عبارته انغلاق وقوله ان تحقق الناجز ليس بمجال مسلم ان هذا المفهوم غير محال معناه لكن هذه الصورة الواقعة تحقق الناجز فيها محال شرعا كما صرح به اذ هو وقوع الطلاق وقد استحال فتحققه مستحيل فلا يتم قوله فيقع كما ان ما استشهد به من قوله انت طالق عقيب طلقة محال شرعا وقوعه وبهذا تعرف ان قولهم الناجز محال صحيح وقوعه على اصل المنع من تبعية الطلاق للطلاق لا معلوم البطلان كما قاله .

(١) **قوله** : فكيف يقول يدخله الدور . . . الخ ، اقول : هو وارد عليه كما قاله الشارح وان فرق بين المتماثلين وقد اشار الى عدم التفرقة بين التحبيس والدور الامام شرف الدين عليـه السلام فقال علة بطلانهما واحدة وهو ان القول باثبات الناجز في صورة التحبيس يودي الى ابطاله وماكان يؤ دي اثباته الى ابطاله فـهو باطل قال ولا فرق بين التحبيس والدور في ذلك ، واما المصنف فانه فرق بينهما قائلا بان علة بطلان التحبيس ما يؤ دي اليه من تقدم المشروط على الشرط وقال الدور مالا شرط فيـه ولا مشروط كالامثلة الثلاثة التي ساقها الشارح فيه لاصورة انتن طوالق مالم تطلق واحدة منكـن بهذا الطلاق فانه مثل في مكانها بقوله مالم تطلق منكن فصواحبها طوالق كما قدمناه وناقشه المنار في هذا المثال قائلاً بانه ليس من امثلة الدور وانه يقع طلاق كل واحدة وقدمنا الاشارة الى خلاف ما قاله .

(٢) **قوله** : هو ان يقع الناجز ، اقول : المذاهب ثلاثة كماترى وفي المنار واعلم اني فحصت النظر في هذه المسألة واذا هي من المغالط التي يستعملها اهل الالغاز والتعمية وانا اكشف لك بطلانها مع الشرط ومع عدمه بكلام قصير اذا ادركته كان درياقا لما اصاب سمة الكاملين ودرعا يدفع عنك سهما اثر في فرسان الناظرين وتحقيقه ان الطلاق الموصوف بالقبلية متناقض واجتماع النقيضين محال في نفسه فلا يدخل تحت =

المشروط والمانع انما يكون هو المشروط والفرض تأخره عن وقوع الشرط ، ثم اختلفوا في وقوع المعلق فابو حنيفة وبعض اصحاب الشافعي يقع ايضا ثلاثا مضمومة الى الشرط فتلغو الرابعة وقال الطبري وابن سريج وابن الصباغ لا يقع المعلق لانه اريد بهذا التعليق سد طريق امر مشروع فهو بدعة مردوده لحديث عايشة المتفق عليه من احدث في امرنا هذا ماليس منه فهو رد اي مردود وقال المروزي والاسفرايني والمزني والقفال والمحاملي والحداد والعمراني والغزالي وذكره الامام يحيى للمذهب ان التحبيس يصح فلا يقع الناجز معتذرين عن دليل الاولين بان الشرط وان تقدم حسافافالجزاء متقدم حكما فهو مانع لوقوع الشرط وهو ساقط لان الشرط قيد للجزاء فلا يقع الا بعد وقوعه او معه فيلغو ذكر القبلية لانه كالرجوع ولهذا قال المصنف الحق في الشرط ﴿وهو﴾ ان يقول ﴿متى وقع عليك طلاق ـ متى فانت طالق قبله ثلاثا﴾ هو القول بوقوع الناجز وفي التوقيت نحو انت طالق ثلاثا قبل ان يقع عليك طلاق مني بساعة هو القول بعدم وقوع الناجز كما هو الصورة الثالثة من صور الدور كما تقدم توهما منه انه من التعليق بالمحال .

نعم إذا أراد المطلق بالوقوع في قوله قبل أن يقع عليك طلاق وقوع اللفظ وقع المعلق في الحال كما تقدم في أنه إذا قال قبل كذا فهو للحال وأما الاستدلال على الناجز بأن ثبوته يودي إلى ابطاله فهو باطل فقد استدل[1] به مثبتو الدور ونافوه فأراد مثبتو

= قدرة قادر بيانه انه يلزم من وجود الطلاق الاول عدم الاخر ومن عدم الاخر عدم الاول فقد لزم من وجود الاول عدمه بواسطة عدم الاخر وهو معنى اجتماع النقيضين فهو بمزلة قوله الطلاق الموصوف بالوجود والعدم في آن واحد او بالنقيضين اوقعه عليك وايقاع المحال باطل انتهى فهذا مذهب رابع (١ . ح) يقتضي بانه كلام لاغ لا حكم له راسا وانه لايقع به ناجز ولا معلق ونعم ماقال وقد سبقه الغزالي فقال في رسالته غاية الغور في دراية الدور ما لفظه ثلاث موصوفة بقبلية رابعة محال فاما ان يلغي اصل كلامه واذا نجز الطلاق وقع والغى المعلق واما ان يحذف القدر المحيل وهو قوله قبله فيبقى قوله ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فاذا كان قبل الدخول وقع الثلاث الى اخر كلامه والشارح قد ارتضى بطلانه حيث قال والحق في مثال الدور هو بطلانه الا اني اظن ان لفظ الشارح في مسألة الدور عوضا عن مثال فعله غلط من الناسخ .

(١) **قوله** : فقد استدل به مثبتو الدور ، اقول : اعلم ان معنى قوله ومأأدى ثبوته الى ابطاله فهو باطل هو دليل نفاة الدور لانهم يقولون اذا صح التحبيس فانه لايقع الناجز فثبوت التحبيس قد أدى الى بطلان

. . . .

(١ . ٢) لا يخفى انه قول ببطلان المعلق فقط وهو ماقرره الشارح ودل عليه المتن فتأمل فهو احد المذاهب الثلاثة .

الدور بفهو باطل ان ثبوته باطل لينتفي المعلق فيقع الدور واراد نافوه بفهو باطل ان بطلانه باطل ليقع فينتفي الدور وهو مصادرة لا دليل والحق في مثال الدور هو قول الطبري ومن معه لانه مستند الى ادلة النهي المتواترة معنى وذكر الشرجي في تاريخه عن بعض فقهاء اليمن قال رأيت النبي صلّى الله عليّه وآله وسلم في المنام فسألته عن طلاق الدور فقال يقع الناجز ووقوع الناجز انما يتم حيث يكون التعليق باطلا قال الدارقطني رحمه الله تعالى كان ابن سريج رجلا فاضلا لولا ما [١] احدث في الاسلام من مسألة الدور قيل وانما اخذها ابن سريج من قول

= وقوع الناجز ضرورة ان الناجز طلاق وقع على مطلقه بالتعليق به فلا يقع فقدا ادا ثبوت التحبيس للطلاق الى بطلانه فالضمير في ثبوته وبطلانه كلاهما للطلاق محبسا وناجزا فاثبات المحبس ابطل الناجز ففد أدى اثباته محبساً الى بطلانه ناجزا واما قوله انه استدل به النافي للدور وجعل فهو للبطلان وان معناه وما أدى ثبوته إلى بطلانه فبطلانه باطل واذا كان بطلانه باطل فهو حق فيصح التحبيس اي الطلاق المعلق فلا يقع الناجز فعلى هذا التقرير يصلح لمثبت التحبيس لا لنا فيه فليتأمل فان اثبات التحبيس معناه وقوع المعلق فلا يقع الناجز ونفيه معناه انه لايقع ولا يمنع الناجز وهو الدال فقال الشارح وغيره والحقيقة ان هنا طلاقين معلق وهو صورة التحبيس ، وناجز وهو مالاتعليق فيه فمن قال بصحة الاول قال لايقع الناجز ابدا وهذا معنى ان ثبوته اي القول بصحته قد أدى إلى بطلانه اي بطلان الناجز ومن قال لايصح المعلق قال بصحة الناجز ووقوعه ولا يصح ان يقال فيه صحته تودي الى بطلانه بل صحته تودي الى وقوعه .

(١) قوله : لولا ماأحدث في الاسلام ، اقول : احدثها ابن سريج بعد المائة الثالثة فانها مفسده سد بها طريقا جعلها الله تعالى بين الزوجين الا انه قد رجع عنها قال ابن حجر رحمه الله في التحفة الظاهر انه رجع عنها لتصريحه في كتاب الروايات بوقوع المنجز ويؤيد رجوعه تخطيه الماوردي من نقل عنه عدم وقوع شيء وقد نسب القايل بالدور الى مخالفة الاجماع والى ان القول به زلة عالم وزلة العلماء لايقلدون فيها وقال البلقيني وابن عبد السلام بنقض الحكم به لأنه خلاف القواعد الشرعية قلت بل هي مناقضة للشرع واللغة والعقل اما للاول فان الله تعالى شرع للازواج اذا ارادوا التخلص من المرأة الطلاق وجعله بحكمة ثلاثا توسعة على الزوج لعله يندم وتبدو له المراجعة ولم يجعل انكحة هذه الامة كانكحة النصارى تكون المرأة غلَ في عنق الزوج الى الموت ، واما الثاني فلانها تضمنت كلاما ينقض بعضه بعضا ومضمونه اذا وجد الشيء لم يوجد واذا وجد الشيء اليوم فهو موجود قبل اليوم ونحو هذا من الكلام المتناقض في نفسه الذي هو الى المحال اقرب منه الى الصحيح من المقال ، واما الثالث وهو مناقضتها لقضايا العقول فلان الشرط يستحيل ان يتأخر وجوده عن وجود المشروط وتقدم المشروط عليه

الشافعي رحمه الله تعالى لو أقر الأخ بابن لأخيه الميت ثبت نسب الابن ولم يرث لأنه لو ورث لخرج المقر عن ان يكون وارثا ولو لم يكن وارثا لم يقبل اقراره بوارث اخر فتوريث الابن يفضي الى عدم توريثه فتساقطا ﴿**ومهما لم يغلب**﴾ على ظن المطلق ﴿**وقوع الشرط لم يقع**﴾ الطلاق ﴿**المشروط**﴾ يريد بنفي وقوعه نفي وجوب احكامه لان مناط وجوبها هو العلم برافع النكاح واما ظنه فان كان له سبب شرعي كالشاهدين فكذلك للعلم بوجوب العمل بهما والا لم يكف الظن الذي لم يسند الى سبب اعتبره الشرع ﴿**وما اوقع**﴾ من الطلاق ﴿**على غير معين**﴾ من زوجاته ﴿**كاحداكن**﴾ طالق ﴿**او**﴾ طلق واحدة منهن معينة ثم ﴿**التبس**﴾ عليه المعين ﴿**بعد تعيينه**﴾ ولا وجه لحذف تا التأنيث لأن الكلمات المذكورة صفات[1] المراد إذ هي المعنية والملتبسة لا الطلاق لانه واحد. نعم يصح التذكير في قوله ﴿**أو**﴾ التبس من الطلاقين ﴿**ما وقع شرطه**﴾ نحو ان يقول إن هذا الطاير المقبل غراباً فزينب طالق وان كان حدأة فهند طالق فيرجع الطاير قبل ان يعرف اي الطايرين هو فيلتبس الطلاقان

= في الوجود هذا مما لايعقل عند احد من العقلاء فان رتبه الشرط التقدم او المقارنة والفقهاء وسائر العقلاء مجمعون على ذلك فلو جاز تعليق المشروط بشرط متأخر بعده لكان ذلك اخر اجاله عن كونه شرطا او جزء شرط او علة او سببا فان الحكم لا يسبق شرطه ولا علته ولا سببه والا كان ذلك اخراجا للشروط والاسباب والعلل عن حقايقها قالوا في الدليل على مدعاهم انه صدر من الزوج طلاقان معلق ومنجز والمحل قابل لهما فالجواب بالمنع لقبول المحل للمعلق فانه يتضمن المحال والمحل لايقبل المحال . نعم هو قابل للمنجز وحده فلا مانع من وقوعه قالوا الزوج يملك التعليق والتنجيز قلنا يملك التعليق الممكن لا المحال فانه لايملكه شرعا ولا عرفا ولا عادة قالوا لا مزية لاحدهما على الاخر قلنا المزية للمنجز لا مكانه والمعلق له مزية الاستحالة والامتناع فلم يتمانعا ولم يتساقطا فوقع المنجز ولم يمنع من وقوعه مانع وللمنجز مزايا من عدة وجوه الاول قوة التنجيز على التعليق الثاني ان التنجيز لا خلاف في وقوع الطلاق به واما التعليق ففيه نزاع مشهور بين الفقهاء، الثالث ﴿ **ينظر في الثالث** ﴾ ان المشروط هو المقصود لذاته والشرط تابع ووسيلة الرابع ان صحة التعليق فرع على ملك التنجيز فاذا انتفىٰ ملكه للمنجز في هذه المسألة انتفت صحة التعليق فصحة التعليق يمنع من صحته وهذه معارضة صحيحة في أصل المسألة فتأمل وبين الفريقين مجادلات وايرادات ومناقضات يطول شرحها فهي من المسائل التي قام فيها الحرب على ساق وكثر فيها القيل والقال في الشقاق.

(١) **قوله** : صفات المرأة ، اقول : يحمل على ارادة الشخص والامر سهل والمقام قابل للتاويل .

وحينئذ ﴿ **اوجب** ﴾ في الثلاث الصور ﴿ **اعتزال الجميع** ﴾ من الزوجات أما في الاولى فخالف فيه المويد وتخريجه للمذهب والفريقان [٢] وهو الحق لان ايجاب اعتزال الجميع لا وجه له لانه [٣] فرع وقوعه في الخارج لا في الذمة كما هو [١] مرادهم ومبنى على ان الحكم المخير يتعلق بواحد معين وقد علم بطلانه في الاصول وانما المتجه هو انه متعلق بواحد مبهم كما يقوله غير الاصحاب او الجميع كما يقولون ولا لبس في الصورتين اما في المبهم فاذ لاوجود له الا في الذهن فاليه ينبغي ان يرجع قول المويد وابي حنيفة والشافعي لانه حاصل ثبوت الطلاق[*١] في الذمة كما لو قال علي ان اطلق واحدة ، وأما [٢] ما يقال انهم قد اثبتوا الرجعة في مثله ولا رجعة الا بعد طلاق فساقط اذ مرادهم بالرجعة عدم البينونة بذلك الطلاق لو كان باينا

---

(١) **قوله** : والفريقان ، اقول : في الغيث ان الفريقين مع اهل المذهب في هذه المسألة الاولى وانها تطلق واحده . نعم اختلفوا في التفريع فاهل المذهب (١ . ح) يقولون تطلق واحده ويكون لمن عينها ثم نسيها وابو حنيفة والشافعي يقولان يثبت الطلاق في ذمته هذا كلامه وفي المنهاج وشرحه ولو قال لزوجتيه احدا كما طالق ولم يقصد معينه فاحداهما تطلق مع ابهامها (٢ . ح) الى ان قال ويعزلان عنه الى ان يعين انتهى وبهذا تعرف ان كلام الشارح فيه ابهام وكلام المصنف في نقله عنهم فيه تامل .

(٢) **قوله** : لانه فرع وقوعه في الخارج ، اقول : قد يقال قد وقع وانما فات التعيين وفواته بعد الوقوع لا يمنع من ايجاب الاعتزال .

(٣) **قوله** : كما هو مرادهم ، اقول : كونه في الذمه مراد المويد والفريقين كما قاله المصنف قال انه فسر ثبوته في الذمة بان معناه ان الطلاق انما يقع بتعيينه لا بالايقاع قال وعن بعض اصحاب الشافعي ان معناه ان الطلاق قد (٣ . ح) وقع من وقت الايقاع لكن اليه تعينه قلت وهذا هو الذي وافق كلام المنهاج هذا وارجاع الشارح لذلك الى مسألة الامر بمبهم لا يخلو من تأمل .

(٤) **قوله** : واما ما يقال انهم . . . الخ ، اقول : هذا ذكره المصنف اعتراضا على تفسير كونه في الذمة بالتفسير الاول وهو ايراد ظاهر ورد الشارح له الى التاويل بعدم البينونة على تقدير كونه باينا لا يخفى بعده وارجاعه الى صورة خاصة وهو ظاهر في العموم لغيرها .

. . . .

(١ . ح) هذا سهو ظاهر فسيأتي صريح قوله ولا يصح منه التعيين .

(٢ . ح) هذا مقتضى قولهم ان الطلاق في ذمته فلا يخالف نقل المصنف عنهم

(*) مرادهم بثبوت الطلاق في الذمة انه يلزمه بعد ذلك تعيين المطلقة كما تقدم عن المنهاج لا ما ذكره الشارح والله أعلم .

(٣ . ح) والفرق بين هذا والذي قبله انها هل العبد من حال الايقاع على الثاني ومن حال تعيينه على الاول .

فالرجعة كما في قولهم ضيق فم الركبة ، وأما في الثانية والثالثة ايضا فقد اشرنا لك سابقا الى [١] ان الاصل في كل معينه بقا زوجيتها وانتفا المـانع عنها بعينها فكيف يجب اعتزالها مع تحقق مقتضى وطيها وانتفا المانع عنه هذا سرف في الاجتهاد وتحقيقه [٢] ان التكليف في العمل على مقتضى المـانع مشروط بالعلم به ولا علم به في كل واحدة ولهـذا لا يثبت شيء من احكـام الطلاق على واحدة منهن راسا لا عدة ولا غيرها وكون اللبس مانعـاً حكم شرعي وضعي يفتقر الى دليل شرعي ولو كان له تأثير في كل واحدة لما بقي وجه لقولهم ﴿ **فلا يخرجن** ﴾ من نكاح الزوج ﴿ **الا بطلاق** ﴾ لان الطلاق الملتبس ان كان قد سرا على كل واحدة منهن فلا يحتجن الى طلاق اخر وان وقف على واحدة فالقول بانه يجب على المسلم مراجعة من طلقها وطلاق زوجته الراغب فيها وبانه اذا امتنع ﴿ **فيجبر الممتنع** ﴾ على طلاقهن جميعا او مراجعتهن ﴿ **فان تمرد فالفسخ** ﴾ له واجب شرعٌ جديد وانما غاية الامر ان يكون اجتنابهن من اجتناب الشبه كما في معاملة الظالم فيما لا يعلم كونه ظالما له وان جاز ان يكون في الواقع مما غصبه فانه سيأتي جوازه على المـذهب وان قال المويـد بعدم جوازه ﴿ و ﴾ اما انه ﴿ **لا يصح منع التعيين** ﴾ للملتبس طلاقها فان ارادوا ان من عينها لا تطلق فوهم لان ذلك اقرار بطلاقها وان اراد [٣] وان التعيين لا يـرفع الطلاق الملتبس على من وقع عليها في علم الله تعالى فقد علمت ان ذلك فرع [٤] كون الحكم في المخيرات متعلق بواحد منها معين وان ذلك باطل فهو

(١) **قوله** : الى أن الاصل في كل معينة . الخ ، اقول : يقال قد زاحم هذا الاصل اصل مقطوعه وهو التحريم فلا يخلو اما ان يطرح التحريم فلا وجه له او يعمله الكل فلا وجه له فيبقى ان كل واحدة تحتمل التحليل والتحريم احتمالا على السواء فصار كل من الحكمين مشكوكـا فيـه ولا يجوز العمل بالشك في محل من الاحكام فقوله ان الاصل انتفاء المانع عن كل واحدة بعينها محل النزاع فعلى اي محل وقع الطلاق .

(٢) **قوله** : وتحقيقه . . الخ ، أقول : هو كما قال لكنه لم يعمل هنا بالمانع فانه لو عمل به لجزموا بوقوع طلاق معينة وانما هذا المانع عارض مقتضى التحليل وعند تعارض المانع والمقتضى لا حكم لاحدهما وبعد هذا تعرف انه لا وجه لقوله فما بقى وجه . . الخ .

(٣) **قوله** : وان ارادوا التعين . . الخ ، أقول : هذا مرادهم وعلله المصنف بأن حكمهن في الطلاق على سواء مع اللبس يعنى فلا يخص بغير مخصص واحسن منه ان يقال انه لا يقبل تعيينه لا كذا به نفسه بدعواه زعم الالتباس وهذا في ظاهر الحكم لا فيما بينه وبين الله تعالى .

(٤) **قوله** : فرع كون الحكم . . الـخ ، اقول : لا يخفى ان الحكـم في المخيرات كخصال الكفارة هو ما وقع عن الشارح تعالى قصد به التوسعة على عباده او نحوها وهذا الواقع هنا امر اخر صادر عن غفلة =

اذن مرتفع بالاصالة بارتفاع احكامه من العدة وغيرها فان انتفاء اللازم يوجب انتفاء الملزوم على ان غايته ان يكون كتعادل دليلي التحليل والتحريم وقد جوز البعض التخيير مع ذلك والبعض رجح الاباحة ايضا كما هو الحق وقررناه في الاصول ﴿ **ويصح رفع** ﴾ الزوج ﴿ **اللبس برجعه** ﴾ يقول من طلقت منكن فقد راجعتها الا ان [1] الرجعة لا ترفع اللبس الا على تقدير ان لا يكون الطلاق الملتبس ثالثا لالتباسهن كلهن حينئذ بمثلثه فلا يجدي حينئذ رفع اللبس برجعه ﴿ **او طلاق** ﴾ (*) لمن لم يكن وقع اللبس عليها فيصرن مطلقات كلهن لعدم صحة رجعة المثلثة ولا طلاقها فيحرمن جميعا او من علم تقدم طلقتين لها قبل اللبس لكن لا يخرج ايضا الا بايقاع غير الملتبس عليها كما تقدم بالطلاق خلافاً.

﴿ فصل ﴾ [2]

﴿ **ولا يجوز** ﴾ للامام والحاكم ﴿ **التحليف** ﴾ لمن وجبت عليه يمين ﴿ **به** ﴾ اي

= الموقع للطلاق ثم معنى الحكم في المخيرات انه يختار المكلف ايها شاء وليس هذا مثله جعله منه وهم ، واما قوله انه يرتفع لارتفاع احكامه فهو لا يخلو عن التأمل لان تلك الاحكام انما هي للطلاق الواقع على معين لم يعارضه شيء وليس ذلك كذلك هنا كما قدمناه قريبا وقد رجع الى الصواب بقوله انه من باب تعادل دليلي التحليل والتحريم وفيها اقوال في الاصول الاقرب كلام الامام ابي طالب والمنصور بالله والشيخ الحسن واكثر الفقها انه يطرح المتعارضان ويرجع الى غيرهما من الادلة لان تعارضهما اوجب الشك في العمل بكل واحد اذ ليس العمل باحدهما اولى من العمل بالاخر ولا عمل مع الشك والى هذا رجعت المسألة فانه اطرح الدليلان ورجع الى الطلاق والرجعة .

(١) قوله : الا ان الرجعة . . الخ ، أقول : قد صرح بذلك المصنف وهو مأخوذ من رسم الرجعة .

(٢) فصل ولا يجوز التخليف به ، اقول : اى بالطلاق واول من ابتدع التخليف به الحجاج بن يوسف في ايمان البيعه والا فما كان يعرف قبله وقد ذهب اكثر الظاهرية الى انها لا تنعقد به اليمين بحال ولا يجب فيها شي سواء كانت بصيغة الحلف كقوله الطلاق يلزمني لا فعلن او بصيغة التعليق نحو ان طلعت الشمس او جاء رأس الشهر فانت طالق او كان بالتعليق المراد به اليمين من الحض والمنع والتصديق والتكذيب نحو ان لم افعل كذا او ان فعلت كذا فامراتي طالق وهو ايضا مختار ابي عبد الرحمن من ايمة الشافعية قالوا ذلك لان الطلاق لا يقبل التعليق مثل النكاح ولم يرد عليهم من خالفهم بعلة تشفى =

. . . .

(*) نحو ان يقول من لم اكن طلقتها منكن فهي طالق فيصرن كلهن مطلقات .

بالطلاق خلافا للناصر والامامية لنا حديث لا تحلفوا بأبائكم ولا بامهاتكم ولا بالانداد ولا تحلفوا بالله الا وانتم صادقون ابو داوود والنسائي وابن حبان والبيهقي من حديث ابي هريرة مرفوعا وفي الصحيحين من حديث ابن عمر مرفوعا من كان حالفا فلا يحلف الا بالله وهو فيهما من حديث عمر مرفوعا ايضا من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت وعند ابي داود والحاكم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعا من حلف بغير الله فقد كفر وهو عند احمد والطبراني والحاكم وابن حبان بلفظ فقد كفر واشرك قالوا علة (١) النهي انما هي ما يستلزم الحلف من تعظيم المحلوف به ومشاركته في التعظيم لله تعالى ولهذا كان شركا كما دل عليه حديث ابن عمر وله شواهد والتحليف بالطلاق ونحوه من صدقة المال والعتق ليس من هذا القبيل وانما هو من الالتزامات (٢) التي يحفظ بها العقود عن النقض ـ لا لتعظيم المحلوف به ـ وتسميتها يمينا مجاز مع ان احاديث النهي معارضه بحديث افلح وابيه ان صدق متفق عليه من حديث

= وقال طاووس وعكرمة ليس الحلف بالطلاق شيا وتحقيقه ان الطلاق لا يصح التزامه وانما يلتزم التطليق فان الطلاق هو الواقع بالمراة واللازم لها وانما الذي يلتزمه الرجل التطليق فالطلاق لازم لها اذا وقع عليها واذا عرفت هذا عرفت ان التزام التطليق لا يوجب وقوع الطلاق فانه لو قال ان فعلت كذا فعلي ان اطلقك او فلله علي ان أطلقك أولازم لي أوواجب علي لم يقع عليها طلاق ومثله ان فعلت كذا فالطلاق لازم لي فانه التزم التطليق ولا يقع بالتزامه ولا يخفى قوة هذا .

(١) **قوله** : قالوا علة النهى . . الخ ، اقول جـ لا يخفى ان نفس الحلف تعظيم ولا يفارقه التعظيم وتسميته شركا تفضيع لشأنه كتسمية انواع م المعاصى بذلك .

(٢) **قوله** : من الالتزامات التي يحفظ بها العقود جوابه ان حفظ العقود بها هو عين التعظيم المقصود من الحلف وادعا المجازية في التسمية غير صحيح اذ الاصل الحقيقة ولا موجب للصرف عنها الى المجاز ، واما قوله فمعارض بحديث وابيه ان صدق وانه متفق عليه بين الشيخين فانه اولا ظاهر انه اتفق الشيخان على لفظ وابيه وليس كذلك فانه ساق ابن الاثير الفاظ الحديث في الجامع الى الشيخين وابي داود والموطا والنسائي وقال أبو داوود افلح والله ان اصدق فاقتصر على نسبة هذا اللفظ أبي داود فقط الا ان في حفظى انه في مسلم ايضا ، واما ثانيا فان احاديث النهى كثيرة صحيحة وقد جمع بينها وبين قوله وابيه انه كان ذلك قبل النهى عن الحلف بالاباء وبانه خاص به صلّى الله عليّه وآله وسلم جواز ذلك كما اشار اليه الشارح ، واما قوله انه فعل فيقال هو فعل قولي وهو عين المنهى عنه فإنما وقع النهى عن القول القسمى وهو عين ما فعله صلّى الله عليّه وآله وسلم فان الذي يفعلونه هم قولهم وابى لافعلن كذا مثلا وليس هذا من تعارض الافعال والاقوال كما توهمه وانه ليس يقسم بل جريا على عادة العرب في المحاورات .

طلحة في الذي علمه النبي صلّىٰ الله عليّـه وآله وسلم الفرائض فقال والله لا ازيـد عليها ولا انقص وله شواهد ايضا . قلت الا انه فعل والفعل لا يعارض القول ولان علة النهي ما خافه صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم على امته من الشرك وهو معصوم عنه ولان التعظيم في قوله صلّىٰ الله عليّه وآله وسلم وابيه منتف إذ لم يرد النبي صلّىٰ الله عليّـه وآله وسلم تعظيـم ابي الاعرابي ضرورة فعلة النهي منتفية فما كان كذلك من حلف بغير الله فلا نهى عنه (تنبيه) الحنث في الحلف بالطلاق والعتاق عبارة عن مخالفة المحلوف عليه لا عن وقوع الطلاق والعتاق وان كان الحلف بهما مركبا من شرط وجزاء فلا يتوهم ان الناصر والامامية قد خالفوا اصلهم في عدم تصحيح الطلاق المعلق وقوله ﴿ **مطلقا** ﴾ اشارة الى قول المؤيد انه يجوز التحليف بالطلاق والعتاق ونحوهما في بيعة الامام فقال المصنف لا مخصص وقد عرفناك حقيقة معنى النهى ﴿ **ومن حلف** ﴾ بالطلاق ونحوه ﴿ **مختارا او مكـرها** ﴾ بنحو ضرب او حبس او اغلظ منهما ﴿ **ونواه** ﴾ اي نوى الطلاق او نحوه وقع اذ لم يكره على النيه وان اكره على اللفظ وقال ابو حنيفة الصرايح لا يشترط فيها النية ، قلنا انما اشترطنا النية هنا لان اللفظ صار بالاكراه كغير الصريح ورد بأن اللفظ لا يخرج عن موضوعه بالاكراه فلا بد من اعتبار النية في الصرايح كقول الناصر او اهدارها في المكره وان نوا لان الاكراه اذا صير اللفظ كلا لفظ لم يثبت (١) الطلاق بمجرد النية اتفاقا فمن حلف بالطلاق ونحوه من العتاق وصدقة المـال ﴿ **حنث** ﴾ اي وقع طلاقه وعتاقه وصدقة ماله ونحو ذلك وقال داوود وابن حزم والامامية وغيرهم الحنث عبارة عن مخالفة المحلوف عليه لا عن وقوع المحلوف به كما تقدم تحقيقه (٢) قال (٣) الذهبي في ترجمة ابن جريـر من التذكـرة وذهب امام من علماء عصرنا ان الحالف بالطلاق تلزمه كفارة يمين ولا تطلق زوجته الا بطلاق لغير حنث ومنع قال والذي عرفنا من مذهب بعض السلف الكفارة فيمن حلف بعتق عبده ولم تأت (٤) عنهم كفارة في الحلف بالطلاق فيما علمت انتهى . لنا

---

(١) **قوله** : لم يثبت الطلاق بمجرد النية اتفاقا ، اقول : كانه يريد بين من ذكر والا فانه قد ذكر ابن القيم رحمه الله تعالى عن جماعة ان من نوى الطلاق وحدث به نفسه وقع ولكنه لم يرتضه وزيفه .

(٢) **قوله** : قال الذهبى . . الخ ، لفظه في التذكره لا تطلق زوجة الا بطلاق غير معلق على حض او منع انتهى . اي لا يكون لحض على فعل شي او لمنع عن فعل شي بل طلاق لا تعليق فيه اصلا .

(٣) في التنبيه تمت .

(٤) **قوله** : ولم تات عنهم كفارة في الحلف بالطلاق . . الخ اقول : بل نقل ابن القيـم في كتابة اغاثة اللهفان ان لزوم الكفارة لمن حلف بالعتاق مذهب ابن عمر وابن عباس وعايشة وزينب بنت ام سلمة

قياس القسم على الشرط بجامع الحاجة الى الجزاء قالوا القياس ممنوع في الاسباب خاصة ولو سلم فانما وقع الطلاق في الشرط لانه قيد للجزاء كالظرف كما تقدم ولا كذلك القسم فانه ليس قيدا لحكم جوابه بل مؤكد له فلو وقع قبل الجواب لانه مطلق لا مقيد وكذا ليس جوابه قيد اله بدليل وجوب الكفارة عند انتفاء جوابه فالفرق بينه وبين الشرط واضح ولو سلم فقياسه عليه فاسد الاعتبار لانه في [١] مقابلة النهي الصحيح عن الحلف بغير الله تعالى والمنهي عنه لا ينعقد يمينا كما لا ينعقد صوم يوم النحر صوما وذلك هو معنى الفساد الذي هو بطلان ثمرة المثمر ، وأما القول بوجوب الكفارة فساقط اذ الكفارة انما شرعت تعظيما لحرمة الله تعالى التي اضيعت عند الحنث بالحلف به فلووجبت الكفارة في حنث الحلف بغيره لكان ذلك نفس الشرك كما تقدم في الحديث ، وانما يحنث ﴿ **المطلق** ﴾ اي الذي لم يقيد المحلوف عليه بوقت وانما قال ﴿ **ليفعلن** ﴾ وحنثه يقع ﴿ **بموت احدهما** ﴾ هو او زوجته ﴿ **قبل الفعل** ﴾ المحلوف عليه ان كان مقدورا وان كان غير مقدور طلقت حال الحلف ثم معنى وقوع الطلاق بموت احدهما انه اذا كان باينا لم يتوارثا والا فلا تظهر له فائدة في الرجعي على ان [٢] الحنث بموت الزوجة مشكل لانا وان قلنا انه في قوة ان لم افعل فانت طالق فإن الطلاق لا يحصل الا بعد حصول شرطه لكن المحل حينئذ غير قابل [٣] للطلاق لان الطلاق لا يقع على الميته والحنث انما هو وقوع الطلاق ﴿ **والموقت** ﴾ [٤] اي الذي ضرب للمحلوف عليه وقتا يحنث ﴿ **بخروج**

= وحفصة واذا كان قولهم هذا في العتاق الذي هو قربة بل من احب القرب فما يقول هؤلاء في الحلف بالطلاق الذي هو أبغض الحلال الى الله واحب الأشياء الى الشيطان هؤلاء الصحابة الذين هم افقه في دين الله يفتون السائل عن الحلف بالعتاق بالكفارة ويرونه يمينا ولا يرون الحلف بالطلاق يمينا ويلزمون الحالف بوقوعه فانه لا يجد فقيه يشم رائحة العلم بين البابين والتعليقين من المطلعين فرقا بوجه من الوجوه فجعل ذلك مذهبا لهم من باب الاولى وهو نوع من التخريج .

(١) **قوله** : لانه في مقابلة النهى الصحيح ، اقول : هذا هو الحق لما ذكره من النهى وانما باثم لا غير .

(٢) **قوله** : على ان الحنث بموت الزوجة . . . . اقول : قد ذهب الارزقى الى انه يقع الطلاق حيث ماتت الزوجة لان اليمين انحلت بموتها قيل اذا كان الفعل يتاتى بعد موتها بان لا يتعلق بها وهو يمكنه فعله بعد موتها فيقع الطلاق اتفاقا ووجه القول بتوارثهما ان الطلاق يقع قبل موت احدهما وهو حال النزاع فاذا لم يكن باينا توارثا كذا في شرح الاثمار .

(٣) اي حين حصول الشرط او هو عدم الفعل تمت .

(٤) نحو ان يقول انت طالق لافعلن كذا يوم الجمعة تمت .

اخره ﴾ اي اخر ذلك الوقت الذي ضربه حال كونه ﴿ **متمكنا من البر و** ﴾ لا حاجة الى اشتراط تمكنه من ﴿ **الحنث** ﴾ لأن ذلك انما يشترط لتحقق الاختيار المستلزم للثواب والعقاب وليس اختيار المحلوف عليه هو المحلوف عليه حتى يشترط تحققه بل ولو الجيء [١] الى فعل المحلوف عليه لما طلقت المحلوف بطلاقها لانه حصل الفعل المحلوف عليه فإن الفعل هو الكون وهو معلول للمكره بالفتح لا للمكره ولفظ الفعل لم يؤخذ في مفهومه الاختيار والا لما جاز أن يقال فعله مكرها كيف والفعل منسوب لغة وشرعا الى من لا يعقل نسبة حقيقية حتى حكموا بان كل مرفوع بالفعل فاعل حقيقة ولو جماداً كما علم في النحو ونسبته المجبرة الى العبد مع قولهم بعدم اختياره وانما يحنث اذا خرج اخر الوقت ﴿ **ولم يفعل** ﴾ المحلوف عليه مختارا لفعله او مكرها عليه . نعم الشرط ان لا يكون عدم الفعل المقدور بغير اختياره كان يمنع من الفعل المقدور له واما اذا علق الحلف بمستحيل ووقته فانها تطلق بخروج الوقت ايضا كما في المطلق [٢] فاذا حلف ليطلعن السماء غدا طلقت في اخر غدا لانه انما يشترط التمكن من المحلوف عليه المقدور لا غير المقدور ﴾ و ﴿ الطلاق ﴿ **يتقيد بالاستثناء** ﴾ ومثلوه بما لو قال انت طالق ان كلمت زيدا الا ضاحكة (*) وفيه نظر [٣] لان التقييد عبارة عن تخصيص الحكم بوقت القيد دون ساير الاوقات وانما هذا تخصيص اي اخراج لوقت القيد عن ان يكون محكوما فيه بالحكم ، ولكن يشترط ان يكون الاستثناء ﴿ **متصلا** ﴾ (*) على الخلاف المعروف في الاصول ويكون ﴿ **غير مستغرق** ﴾ للمستثنى منه [٤] ﴿ **ولو** ﴾ علق الاستثناء ﴿ **بمشيئة الله** ﴾ نحو انت طالق ان كلمت [٥] زيد الا ان يشاء الله ﴿ **او** ﴾ بمشيئة ﴿ **غيره** ﴾ اي غير

---

(١) **قوله** : كما في المطلق ، اقول : تقدم انه في المطلق يقع بالموت وتقدم للشارح ان المحلوف عليه غير المقدور كالمثال المذكور يقع في الحال فقياس ذلك ان من حلف ليطلعن السماء غدا ان تطلق في الحال .

(٢) **قوله** : وفيه نظر ، اقول : المثال الصحيح انت طالق ثلاثا الا واحدة ونحوه وامر المثال سهل .

(*) **فانها** لا تطلق ان كلمته ضاحكة لانه قد استثنى هذه الحالة : غيث .

(٣) نحو ان يقول انت طالق لادخلن الدار يوم كذا فحمل اليها كارها تمت .

(*) بالجملة الاولى فلو سكت زمانا لغير تنفس او بلع ريق او نحوهما على الجملة ثم استثنى لم تصح استثناوه .

(٤) المستغرق نحو انت طالق او واحدة الا واحدة تمت .

(٥) **قوله** : وان كلمت زيدا الا ان يشاء الله ، اقول : مثل المصنف بقوله انت طالق الا ان يشاء الله وكذلك غيره .

الله تعالى نحو الا ان يشا ابوك ﴿ **فيعتبر** ﴾ ما شاء الله وشاء غير الله تعالى في ﴿ **المجلس** ﴾ الا ان هذا انما يستقيم في تقييد الطلاق كما تقدم لا في الاستثنى فانه وهم فاحش لان الاستثنى لا يكون في مثل ذلك الا مفرغا وهو انما يصح من عموم المقدر فهو في قوة انت طالق في كل وقت الا وقت المشيـة فان كانت المشيئة في كل وقت فهو مستغرق وقد عرفت ان المستغرق لا يصح وان كانت في بعض الاوقات دون بعض فقد (١) وقع الطلاق واستثناؤه لا يصح لانه رجوع ودعوى ان يكون هناك وضع للتراكيب اللغوية غير ما قرره ائمة اللغة دعوى خلاف الظاهر لانها صرايح فيما ذكرنا . نعم من يشترط النية في الصريح ينوي في مراده لهذه العبارة وذلك غير ما اختاره المصنف ولكن من اجترى على تقرير احكام الله تعالى وهو في الاصول راجل وعن التحلي بحلى القواعد عاطل لم يكن له محيص من خلط الحق بالباطل ﴿ **و** ﴾ اذا قال امرأته طالق ما يملك ﴿ **غير** ﴾ عشرة دراهم ﴿ **وسوا** ﴾ عشرة دراهم فذلك مفيـد ﴿ **للنفي** ﴾ لغير العشرة الدراهم (٢) ولايستلزم ملك العشرة ولا وجه للقول بانها للنفي لانها كلمة استثنى وانما النفي في المثال الذي وقع الخلاف فيه من كلمة النفي الذي قبل غير وسوا فلو قال وغير وسوا بعد النفي لا يقتضيان اثبات ما بعدهما بخلاف الا لكان هو الصواب ﴿ **و** ﴾ اما اذا قال ﴿ **الا** ﴾ عشرة فانها موضوعة ﴿ **له** ﴾ اي للنفي المذكـور ﴿ **مع الاثبات** ﴾ للعشرة وقال ابو العباس لا يـدل على الاثبات وهو قول الحنفيـة وتحقيقه (٣) في الاصول

---

(١) **قوله** : فقد وقع الطلاق ، أقـول: مفاد التركيـب انت طالق في كل وقت الا وقت مشيئة الله عدم الطلاق فلا طلاق فان شاء الله طلاقها في الازمنة المستقبله وقع وان لم يشاء لم يقع ومعرفة مشيئة من عدمها الامساك بمعروف وعدمه فوقوع الطلاق وعدمه يتوقف على المشيـة اثباتا ونفيـا ولم يفدها الا الاستثناء فكيف يقول واستثناوه لا يصح لانه رجوع فانه ما صح دلالة التركيب على كون المشيئة معتبره وعلى كونها في وقت دون وقت الا به ففى كلامه وهم لا يخفى وبقيته تفرع عن الوهم ولقد بالغ في التهجين مع كون بحثه في المسألة غير رصين وخالف هنا من خالف في التقييد بالمشيئة في الشرط فقالوا لا يقع شي لجهلنا بمشيئة الله تعالى عدم وقوعه وغيرها من العلل الماضية فتذكر .

(٢) ولا يعد كاذبا اذا كان لا عليك العشرة تمت .

(٣) **قوله** : ويحققه في الاصول ، أقول : المعروف في الاصول ان الاستثناء باى كلماته من النفى اثبات وعكسه خلافا للحنفية ولم يفرقوا بين ادواته في ذلك عبارة الاثمار ونحو غير للنفى والا له مع الاثبات يريد بنحو غير سوا وخلا وما عدا فاذا قال امرأته طالق ما يملك غيره عشره دراهم او نحو ذلك فمعناه نفى ملك غير العشرة ولا يقتضى اثبات ملك العشرة وهذا لا خلاف فيه بين ابي العباس وابي طالب ، واما حيث قال امراته طالق ما يملك الا عشرة فان الا تخالف غير او يقتضى نفى ما عدا ملك العشرة =

وينبني[١] ايضا على ان الا في المنصوب بالاستثنى في موضع الحال وفيما يعرب على حسب العوامل في موضع الصفة لكن لما لم يظهر الاعراب على الا جعل على ما بعدها كما حققناه في شرحنا للكافية (*) ﴿ قيل و ﴾ اذا قال انت طالق ﴿ الا ان ﴾ تدخلي الدار فإن هذه العبارة مقتضية ﴿ للفور ﴾ في الدخول فاذا تراخت طلقت واشار المصنف بالقيل الى ضعف اقتضائها الفور لانها في قوة ان لم تدخلي وقد تقدم ان لم للتراخي على الاصح ولا يخفاك ان الكلام في هذه كما في الا ان يشاء ابوك فلا نطول باعادة بيان الخطا وقد عرفته .

= وتقتضى اثبات ملكها فاذا لم يكن العشرة في ملكه حنث وكذا ان كان يملك اكثر من العشرة وهذا هو المختار وقال ابو العباس هى للنفى فقط مثل غير وهو قول ابي حنيفة واحتج لابي طالب ان قوله لا اله الا الله يفيد نفي الهية غير الله ولثبات الهيته بلا خلاف .

(١) **قوله** : وينبنى ايضا ، اقول : ظاهره انه ينبنى وجه التفرقة بين كلمات الاستثنى بما ذكر على ما ذكر ولا يخفى انه على تقدير ما ذكر يكون امفهوم من كلمات الاستثناء وما بعدها مفهوم صفه لان مفهوم الحال والصفة منها فلا فرق بينهما فلم كان احد المفهومين له حكم دون الاخر ويحتمل انه اراد ينبنى عدم الفرق كما قاله ابو العباس وكنفيه فيصح ثم رأيته صرح في شرح الفصول بجعله دليلا للحنيفة الا انه اختار مذهب الجمهور انه من النفى اثبات وعكسه .

(*) قال فيه ما لفظه والذي ارى ان الا واقعة موقع الحال فجانى القوم الا زيدا في قوة جاوني خارجا منهم زيد ونحوه لانها حرف اخراج كما صرح النحاة بان خلا وعدا وليس ولا يكون فمما سيأتى واقعات في الاستثناء موقع الحال لكن لما لم يظهر الاعراب عليها جعل على ما بعدها كما اذا كانت صفة كما سياتى وكما اسلفنا مثله في المفعول معه ولا يرد عليه ما ورد على قول المبرد والزجاج من انها موجودة فيما يعرب على حسب العوامل وقد لا ينتصب ما بعدها على الحال لانا نقول الحال انما يكون بعد تمام الجملة باجزائها فإذا احتيج إلى ما بعد الا ليكون جزء للجملة كان غير الحال أولى به ولم يكن للحال حينئذ صاحب فلم تقع إلا موقع الحال وان دلت على الاستثناء وبهذا تعلم أن لا استثناء ليس هو المعنى المقتضي للنصب والا لاستلزمه مطلقا وانما المعنى المقتضي للنصب هو الحالية كما ان المعانى المختلفة فيما يعرب على حسب العوامل يقتضي كل منها اعرابه ثم قال في الشرح المذكور في سياق غير الموجب فان قلت كيف يوجه ما اخترته من انتصابه على الحال قلت الوجه جعل الا قيد للنفي لا للمنفي في قوة انتفاء المجيء عن كل أحد خارجاً منهم أخوك كما قيل في لم أبالغ في اختصاره تقريباً لتعاطيه اي انتفت المبالغة تقريباً ثم قال فيما يعرب على حسب العوامل بعد كلام لا يخفى أن الأشكال انما يرتفع بجعل الا صفة لنكرة مقدرة في سياق النفي كما كانت في المنصوب بغير تفريع حالاً لكنها لما لم تقبل الاعراب جعل على ما بعدها فيكون ما جاني الا زيد في قوة جاني غير زيد باناته الصفة مناب الموصوف .

﴿ فصل ﴾

﴿ ويصح ﴾[١] من الزوج ﴿ توليته ﴾ الزوجة أو غيرها لطلاقها وهو ﴿ اما بتمليك ﴾ أو توكيل والتمليك صريح وكنايه ﴿وصريحه أن يملكه﴾[٢] (أي الطلاق) اياها أو غيرها ﴿ مصرحا بلفظه ﴾ [*] اي لفظ التمليك المعلق بالطلاق نحو ملكتك او جعلته اليك ﴿ او يامر به مع ﴾ زيادة ﴿ ان شيت ونحوه ﴾ متى شيت ﴿ والا ﴾ يعلق التمليك بالطلاق بخصوصه ﴿ فكناية ﴾ تمليك ﴿ كامرك ﴾ الى نفسك ﴿ او ﴾ يقول لغيرها ﴿ امرها اليك ﴾ فلا يكون تمليكا الا بنية التمليك وسياتي حكمه ﴿ او ﴾ يقول لها ﴿ اختاريني أو نفسك ﴾ فهو كناية تمليك لها ﴿ فيقع واحدة ﴾ رجعية وفاقا للشافعي وقال ابو حنيفة وعن علي عليه السلام باينه [٢] لنا ان تطليقها نفسها واختيارها لا يزيد على تطليق زوجها لها في كونه واحدة رجعية ، قالوا كالمختلعة في ملكها نفسها باختيارها والعوض وعدمه طردان [٣] في الفرق

---

(١) **فصل ويصح توليته** ، اقول : قال المصنف الاصل فيه تخييره صلّىٰ الله عليه وآله وسلم نساؤه فاخترنه قلت الا انه قال في المنار لا دلالة فيها كما قال علي رضي الله عنه خيرّ نساءه بين الدنيا والاخره ولم يخيرهن الطلاق وذلك ظاهر في قوله فتعالين أمتعكن واسرحكن فلم يجعل السراح اليهن بل صرح بجعله اليه نعم التوكيل فيه كالتوكيل في غيره والتمليك في معناها انتهى . كلامه وتخييره الذي اشار اليه المصنف هو ما اخرجه الشيخان من حديث عايشة رضي الله عنها قالت لما امر رسول الله صلّىٰ الله عليه وآله وسلم بتخيير ازواجه بدأبي فقال اني ذاكر لك امرا فلا عليك ان تعجلى حتى تستامرى حتى تستامرى ابويك قالت وقد علم ان ابوى لم يكونا ليا مرانى بفراقه ثم قرا يأيها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وان كنت تردن الله ورسوله والدار الاخرة فان الله اعد للمحسنات منكن اجرا عظيما فقلت افي هذا استامر ابوي فاني اريد الله ورسوله والدار الاخرة قالت عايشة ثم فعل ازواج النبي صلّىٰ الله عليه وآله وسلم مثل ما فعلت فلم يكن ذلك طلاقا قال ابن القيم رحمه الله واختلف الفقاء في التخيير هو تمليك او توكيل او بعضه تمليك وبعضه توكيل او هو تطليق منجز او لغو لا اثر له البته على مذاهب خمسة ثم بسطها واطال القول فيها وذكر اختيار ابن حزم انه لغو واطال الكلام معه .

(٢) **قوله** : باينه ، اقول : اي واحده باينه وعن زيد بن ثابت ثلاث وهو اختيار الليث وقال مالك ان كانت مدخولا بها فثلاث والا قبل منه دعوى انها واحدة .

(٣) **قوله** : **طرد ان في الفرق**، أقول : كيف يقال العوض طرد وقد ثبت به النص ورتب عليه الحكم كما يأتي .

. . . .

(ح) اي الطلاق تمت

(★) في شرح ابن مفتاح اي بلفظ **الطلاق** وهو ظاهر التمثيل بقوله جعلته اليك .

﴿ **بالطلاق** ﴾ الواقع من المملك بالفتح ﴿ **او الاختيار** ﴾ لنفسها او اهلها في مثال التخيير بشرط ان يقع الطلاق او الاختيار ﴿ **في المجلس** ﴾ الذي وقع فيه التمليك او التخيير وعن الحسن وقتادة والزهري امرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره لنا أن [1] التمليك كالعقد والقبول في المجلس معتبر فيه اتفاقا ولا يتحقق القبول في التمليك الا بفعل الطلاق في المجلس قالوا العقد اخبار عن الرضا فلا يتحقق الا بركنيه من الايجاب والقبول ولا كذلك الامر فانه ليس موضوعا للفور بل هو مطلق والمطلق لا يتقيد بفور ولا تراخ بخصوصه على ان الامر في التمليك للاباحة وامر الاباحة لا يقتضي الفور اتفاقا على انه لو كان للوجوب فقد صحح المصنف خلاف ذلك [2] في الاصول، واما الاعتذار بان التمليك عقد والعقود يعتبر فيها المجلس فمصادرة بل الظاهر انه كالتوكيل وسياتي ، ويشترط ان يكون ﴿ **قبل الاعراض** ﴾ ايضا اما اذا كان الاعراض على جهة الرد للتمليك وعدم قبوله فلا شك في بطلان التمليك بذلك وان لم يكن الا مجرد التراخي فقد عرفت عدم اشتراط المجلس وهذا حكم كل تمليك ﴿ **الا** ﴾ التمليك ﴿ **المشروط بغيران** ﴾ الشرطية من كلمات الشرطية الظرفيه ﴿ **ففيه** ﴾ اي في المجلس يقع الطلاق ﴿ **وبعده** ﴾ لما عرفناك من انها الفاظ عموم للازمنه كلها ثم قد عرفناك ايضا ان التمليك الامر لا يقتضي فعل المأمور به في المجلس سوا كان مقيدا بشرط نحو طلقى نفسك ان شيت او مطلقا فلا وجه لقوله بغيران ، وتحقيقه ان الامر مطلق والمشية مطلقة وتقيد المطلق بالمطلق لا يشخصه بل كل منهما باق على كليته والكلى لا يتقيد الا بقيد مذكورا ومقدر ولا قيد ههنا يخصصها بالمجلس الا توهم ان العقد يقتضى ذلك وقد عرفناك ان العقود لا تكون الا بلفظ الخبر الماضي ، واما بلفظ الامر فهو باق على موضوعه وهو للاباحة في امثال هذه المقامات اتفاقا اذ لا طاعة واجبه للامر هنا على المامور فهو التماس واباحة ولم يتجدد عليه الاخيالات قاصري المفرعين ﴿ **و** ﴾ النوعان المذكوران من التمليك ﴿ **لا رجوع** ﴾ [3]

---

(١) قوله : لنا ان التمليك . . . الخ ، أقول : اما المصنف فاستدل بحديث زيد بن على عن ابيه عن جده عن علي عليهم السلام انه قال اذا قال الرجل لامرأته امرك بيدك فالقضاء ما قضت ما لم تتكلم فان قامت من مجلسها قبل ان تختار فلا خيار لها .

(٢) اي خلاف اقتضائه الفور تمت

(٣) قوله : ولا رجوع ، اقول : هذا مذهب مالك وابي حنيفة والزهرى ، وقال احمد واسحاق والاوزاعى والشعبي ومجاهد وعطا له الرجوع وللشافعية خلاف مبني على خلاف انه توكيل فيرجع فيه او تمليك فلا رجوع له .

للمملك بالكسر قبل الطلاق ﴿ فيهما ﴾ اما فيما كان بلفظ الامر فالرجوع كالنهى ولا شك انه يصح النهي عن الشيء بعد الامر به نسخاً كما عرفت ، وانما اشتراط امكان العمل في امر الله تعالى لان البدا لا يجوز عليه ، واما من جاز عليه البدا فلا يشترط امكان الفعل ، واما ما كان بصيغة الخبر الماضي فقد أجاز وللزوج ان يطلقها بنفسه قبل ان يطلقها المملك ولا شك ان ذلك رافع للتمليك وتصحيح للرجوع قبل القبول وبعده وبذلك تعلم ان الحق عدم صحة [١] تمليك الطلاق راسا كما لا يصح تمليك الولا ولا هبته وان معنى ملكتك طلاقها وكلتك به فله ان يعزله بقول او فعل كما سياتي ﴿ ولا ﴾ يقتضى التمليك ﴿ تكرار ﴾ الطلاق اما بلفظ الأمر فلان الأمر لا يقتضي التكرار واما مثل ملكتك طلاقها فطلاقها جنس مضاف يقتضي العموم الذي [٢] معناه استغراق كل فرد من طلاقها فله ان يكرره فلا فرق بين ذلك وبين ما استثنى بقوله ﴿ الا ﴾ المشروط ﴿ بكلما ﴾ نحو طلقها كلما شيت فانه يتكرر اتفاقا ﴿ واما بتوكيل ﴾ بلفظه(*) أو بغير لفظه ﴿ ومنه ﴾ اي من غير لفظ التوكيل ﴿ ان يامر به ﴾ اذا كان الامر ﴿ لا مع ان شيت ونحوه ﴾ متى شيت فانه اذا كان مع ان شيت ونحوه كان تمليكا كما تقدم واذا لم يكن مع ان شيت ونحوه ﴿ فلا يعتبر المجلس ﴾ كما يعتبر في التمليك [٣] لانه انما اعتبر في التمليك لانه صار من جملة العقود والعقود يعتبر فيها المجلس وقد قدمنا لك فيه

---

(١) قوله : عدم صحة تمليك الطلاق راسا ، اقول : الى هذا ذهب جماعة ، وقالوا لو كان تمليكا لكان مقتضاه انتقال ملك البضع الى الاجنبي وهذا محال وكذا الا يصح تمليك المرأه لهذا ولان المراه لو كانت مالكة للطلاق وجب ان لا يبقى الزوج مالكا لاستحالة كون الشيء الواحد بجميع اجزائه ملكا للمالكين في زمن واحد والزوج مالك للطلاق بعد التخير فلا تكون هي مالكة له بخلاف ما اذا قلنا هو توكيل واستنابه كان الزوج مالكا وهي نايبة ووكيلة عنه عند ذلك .

(٢) قوله : الذي معناه استغراق . . . الخ ، اقول : لا يخفى انه ملكه ما يملك ولا يملك الرجل الا طلقة واحدة لانه ممنوع شرعا عن ايقاع اكثر منها الا عند من قال ان الطلاق يتبع الطلاق فاذا راجعها تجدد له ملك طلقه ثانية ثم كذلك في الثالثة فالمملك اسم مفعول لا يملك الا ما يملكه المملك اسم فاعل .

(٣) لان الوكالة تعم المجلس وغيره تمت

. . . .

(*) نحو ان يقول : وكلتك على طلاق نفسك اولا جنبى وكلتك طلاقها .

تم مقابلة هذه النسخة على ثلاث نسخ بالقلم مأخوذه من خزانة الجامع وقد كان التحري والتصحيح والمقابلة فليتفق المطلع هـ جمادا سنة ١٤٠١ الموافق ٤/ ١٩٨١ أحمد لطيف الهيري محمد يحيى عباس زيد علي الهاشمي احمد حسن السرحن

ما عرفت ﴿ **و** ﴾ يفارق التمليك بانه ﴿ **يصح الرجوع** ﴾ عن التوكيل ﴿ **قبل الفعل** ﴾ لان للموكل ان يعزل الوكيل ﴿ **ما لم يحبس** ﴾ الوكالة نحو ان يقول وكلتك طلاقها وكلما عزلتك [١] فانت وكيلي ﴿ **الا** ﴾ ان يبطل التحبيس ﴿ **بمثله** ﴾ نحو ان يقول كلما صرت وكيلا صرت معزولا ولا يخفى ان التحبيس الاخر عزل وقد جعل في التحبيس الاول شرطا للوكالة فتحصل الوكالة به ولا ينحل بالتحبيس الاخر ﴿ **و** ﴾ التوكيل والتمليك اذا لم يذكر فيهما من الطلاق الا ﴿ **مطلقه** ﴾ فهو ﴿ **لواحده على غير عوض** ﴾ حملا للفظ على اقل ما يحتمله كما في الاقرارات هذا اذا اختلفا ، واما اذا صادقه الموكل في الباين بنوعيه وقع [٢] ﴿ **و** ﴾ التوكيل وكذا التمليك (**يصح تقيده** ﴾ بالشرط [٣] لما عرفناك من ان الشرط قيد لحكم الجزا كما حققه ايمة البيان وتسمية تعليقا لا ينافي ذلك ﴿ **وتوقيته و** ﴾ [٤] اذا اختلف الموكل والوكيل في ايقاع الطلاق كان ﴿ **القول** ﴾ اذا كان الاختلاف ﴿ **بعد الوقت** ﴾ المضروب ﴿ **للاصل** ﴾ اي الموكل ﴿ **في نفي الفعل** ﴾ وهو التطليق لان الاصل عدم الفعل في الوقت وبعده لم يبق وكيلا [٥] ﴿ **لا** ﴾ اذ اختلفا ﴿ **حاله** ﴾ اي حال الوقت ولو قال فيه لكان اولى لانه لا وقت للوقت ﴿ **فللوكيل** ﴾ ان لم يتقدم عزله على المخاصمه ولم يجعلها رجوعا عن التوكيل [٦] والا كانت عزلا ايضا فانه لا يشترط لفظ العزل كما لو تولا الموكل نفسه فانه عزل للوكيل .

---

(١) لان كلما تقتضى التكرار اتفاقا تمت

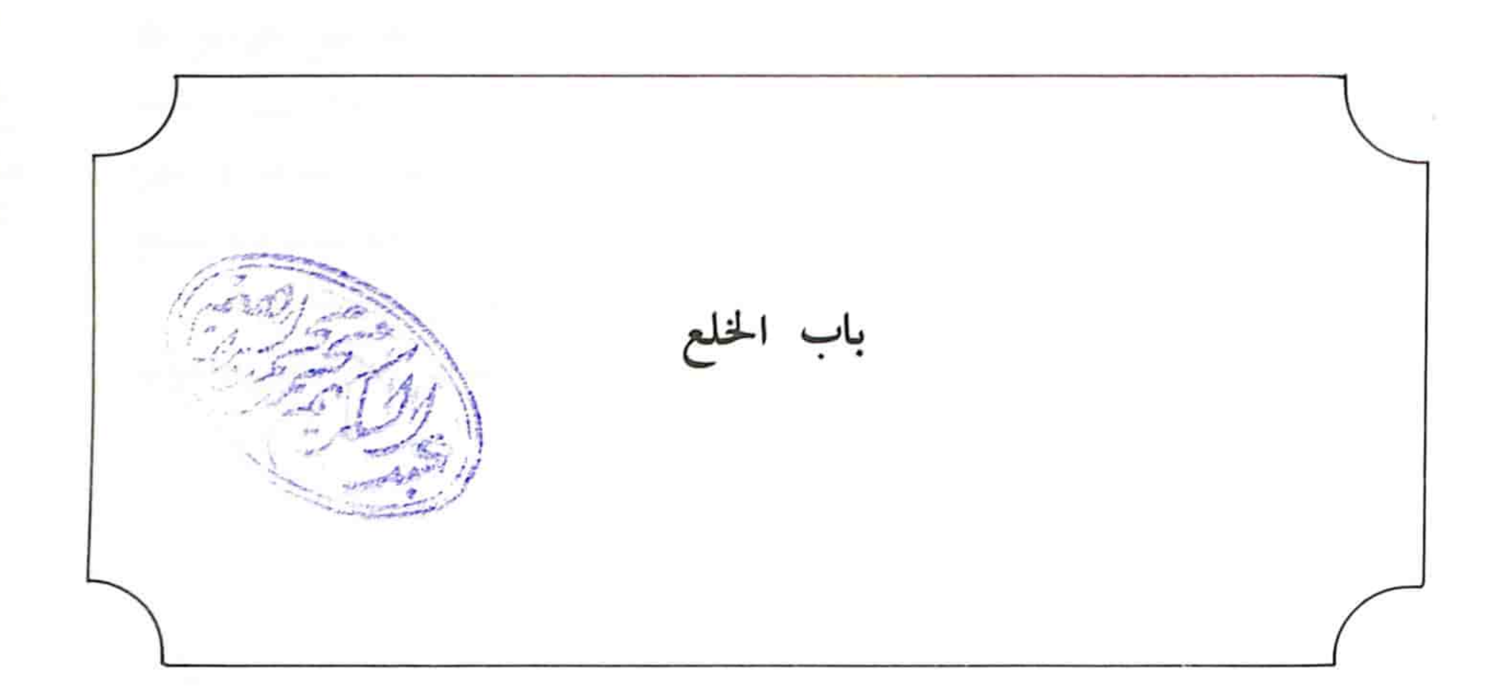
(٢) من الخلع والتثليث تمت

(٣) نحو ان يقول اذا جاء زيد فقد وكلتك ان تطلق امرأتي تمت

(٤) نحو وكلتك ان تطلقها غدا او بعد شهر تمت

(٥) لانه قد انعزل بعد مضي الوقت تمت

(٦) اي بل جعلها رجوعاً عن التوكيل من الموكل تمت



باب الخلع

باب الخلع (١)

﴿ **انما يصح من زوج** ﴾ المخلوعة لانه طلاق ولا يصح الا من زوج ﴿ **مكلف مختار او نايبه** ﴾ كما تقدم في الطلاق لان الخلع طلاق ولا حاجة الى اعادة الكلام على قيوده ، وانما يكون الخلع ﴿ **بعقد** ﴾ اي ايجاب او طلب وسماع عقد او ان كان العقد مجموع الايجاب والقبول تجوزا كما تقدم في النكاح وانما كان عقدا لان العقد هو ما يكون ﴿ **على عوض** ﴾ لا ما لا يقيد بذكر عوض فهو ايقاع لا عقد ﴿ **مال او في حكمه** ﴾ كما تقدم في المهر ، واما تقييد العوض بانه ﴿ **صاير او بعضه الى الزوج** ﴾ فبنا على انه لا يصح غرضا كما في المهر ايضا وقد (٢) عرفناك ما عليه وقوله ﴿ **غالبا** ﴾ احتراز عن عوض خلع زوجة العبد فانه يصح صيرورته الى غيره وهو سيده بناء على ان العبد لا يملك وان ملك وسياتى ان شاء الله تعالى ، وسوا كان العوص ﴿ **من زوجته** ﴾ او غيرها لكــن اذا كان العوض منها اشترط كونها

---

(١) **باب الخلع** : اقول : في المصباح خالعت المرأة زوجها مخالعة اذا افتدت منه وطلقها على الفدية فخلعها هو خلعا والاسم الخلع بالضم وهو استعاره من خلع اللباس لان كل واحدمنهما لباس للاخر فاذا فعلا ذلك فكان كل واحد نزع لباسه عنه

(٢) قوله : وقد عرفناك ما عليه ، اقول : هو ما اسلفه من انه لا عوض صحيح او باطل الا ويبذل فيه المال فلا وجه لقوله او في حكمه .

﴿ **صحيحة التصرف** ﴾ لانه معاوضة وصحة التصرف شرط فيها ﴿ **و** ﴾ لكن يصح مخالعتها ﴿ **لو** ﴾ كانت ﴿ **محجورة** ﴾ بحجر الحاكم فيبقى عوض الخلع في ذمتها حتى يرتفع الحجر عنها او يجيزه الحاكم او الغرماء ومثله لو خالعت الامة عن (*) نفسها ، ويشترط ايضاً كونها ﴿ **ناشزة** ﴾ أي عاصية لزوجها متمردة ﴿ **عن شيء مما يلزمها له من فعل او ترك** ﴾ ومن النشوز. سؤالها[1] له ان يطلقها لما عند ابي داود والترمذي وقال حسن غريب من حديث ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال ايما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير باس فحرام عليها رائحة الجنة وفي رواية اختلعت من زوجها وعند النسائي من حديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال المتبرعات[2] والمختلعات هن المنافقات ، وقال المويد[3] والفريقان لا يشترط النشوز لنا مفهوم الاستثناء والشرط في قوله تعالى «ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به» قالوا الشرط هو خوف عدم اقامة الحدود وهو يحصل قبل النشوز ولانها

---

(١) **قوله** : سؤالها له ان يطلقها ، أقول : مع احسانه عشرتها والا فهو جايز لها لقوله من غير بأس يأتي .

(٢) **قوله** : والمتبرعات . . . الخ ، أقول : في النهاية والمختلعات هن اللواتي يطلبن الخلع والطلاق من ازواجهن بغير عذر ولم يذكر المتبرعات وفي القاموس فعله متبرعاً متطوعاً فيزاد هنا الطالبات له من غير عذر كأنه تطوع فيلاقي الاول .

(٣) **قوله** : وقال المؤيد والفريقان . . . الخ ، أقول : وبه قال مالك وأكثر العلماء انه يصح الخلع وان لم يكن نشوزاً اذا تراضيا على ذلك قالوا ويحل للزوج ما بذل له لقوله تعالى «فان طبن لكم عن شيء منه نفساً» الآية ولم يفرق قال الموزعي ان هذا القول ارجح دليلاً لانه تعالى حرم الاخذ من الازواج تحريماً مطلقاً وقال وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تأخذوا منه شيئاً اتأخذونه بهتاناً واثماً مبيناً الآية وبين ان الأخذ انما يكون حراماً اذا كان على سبيل العضل والمنع فقال تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن فدل هذا التخصيص انه يجوز الأخذ اذا كان على غير جهة العضل والمنع مع موافقة عموم قوله تعالى «فان طبن لكم عن شيء منه نفساً» الآية ولانه اذا جاز الأكل من الذي تهبه وتصدق به من صداقها ولم يحصل لها به عوض فلان يجوز الأكل منه مع حصول العوض اولى ثم بين في سورة النساء انه يجوز الأخذ على جهة العضل عند الاتيان بفاحشة فقال تعالى الا ان يأتين بفاحشة مبينة وبهذا الحصر أخذ الحسن وابو قلابة فقالا لا يجوز الخلع حتى يراها تزني والجمهور يرون النشوز في معنى الفاحشة المبينة لان في الكل ترك اقامة حدود الله ويدل له فعله صلى الله عليه وآله وسلم في قصة ثابت ابن قيس انتهى وبه تعرف بطلان قول الشارح انه يحرم على الزوج الأخذ اتفاقاً اذا لم يكن عن نشوز وصحة ترجيحه كلام الفريقين .

ظاهرة في صحة افتدائها منه اذا كان (١) النشوز من جهته باخلاله بشيء مما يلزمه لها من فعل او ترك وان لم يكن منها نشوز مع تحريم المأخوذ عليه اتفاقاً لانه (٢) مقابلة واجب هو التسريح باحسان لتعذر الامساك بمعروف فهو رشوة على واجب فليس بين تحريم المأخوذ وبين صحة الخلع ربط عقلي ولا شرعي واما الاحتجاج(٣) بقوله تعالى «فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً» فهي ظاهرة فيما صدر في حال الزواج والتراضي لا في حال المخالعة ﴿ أو ﴾ لم

---

(١) **قوله** : اذا كان النشوز من جهته ، أقول : هو كما قاله وقد اورد المصنف ذلك سؤ الاً فقال فان قلت فهلا جعلتم نشوز الزوج كنشوزها في جواز الخلع لظاهر قوله تعالى «الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله» قلت لانه قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به فدل على ان المراد خوفها فقط لانه جعلها المفتدية من الزوج وهي لا تكون مفتدية الا حيث تكون هي الطالبة انتهى . قلت وفيه انه يقال قد تكون هي الطالبة لسوء عشرته لها ونشوزه عما يجب عليه لها ولا تكون بالطلب ناشزة لظاهر قوله (١ . ح) صلى الله عليه وآله وسلم من غير بأس فانه دل على جواز طلب الطلاق معه اذا فرط الزوج في شيء من حقوق الزوجية ولان امرأة ثابت بن قيس ظاهر الاحاديث انها انما كانت كارهة له ومجرد الكراهة ليس نشوزاً (٢ . ح) وفي رواية انه ضربها فهو الناشز لانه ضربها ضرباً غير المأذون فيه فان المأذون فيه الضرب غير المبرح كما ورد به الحديث وقيدنا به مطلق الآية في قوله فأضربوهن وثابت ضرب امرأته حتى كسر نغضها وهو أعلى كتفها كما في رواية النسائي فصار بذلك ممسكاً بغير احسان وفي رواية البيهقي انه كسر يدها .

(٢) **قوله** : لانه في مقابلة واجب . . . الخ ، أقول : هذا تصريح بانه يجب الخلع والطلاق عند عدم الامساك بالمعروف وهو ظاهر قوله صلى الله عليه وآله وسلم فارقها اذ الاصل في الأمر الوجوب وتدل له الآية في الخلع فانه تعالى علق ذلك بخوف عدم اقامة حدود الله وهي ما بين الزوجين من الحقوق والآداب الشرعية وتهدد من تعدا حدوده وسماه ظالماً وكررها في الايات مرات واضعاً للظاهر موضع المضمر تعظيماً لشأن حدوده نعم فترك تعدى حدوده واجب وتعديها محرم فإذا أدى الامساك الى خوف الاخلال بالواجب وفعل المحرم حرم فيجب التسريح باحسان وقد صرح بالوجوب ابن تيمية كما يأتي ودليله الآية ولنا في ذلك رسالة بينا فيها ادلة وجوب الطلاق عند حصول كراهة الزوجة لزوجها ورددنا على من قال بخلاف هذي .

(٣) **قوله** : واما الاحتجاج ، أقول : احتج به المصنف في البحر للمؤ يد والفريقين وكذلك في الثمرات وهي محتملة للأمرين والعام لا يقصر على سببه .

(١ . ح) الاولى لمفهوم قوله من غير بأس .

(٢ . ح) هذا يبطل قول الشارح انه اذا كان المنشوز من الزوج حرم عليه أخذ العوض وادعى الاتفاق عليه فتذكر .

يكن العوض من الزوجة نفسها بل ﴿ **من غيرها** ﴾ [١] فان الخلع يصح حينئذ ﴿ **كيف كانت** ﴾ الزوجة صحيحة التصرف او ناشزة او غيرهما وقال المنصور وابو ثور وعند القسم والهادي والناصر لا يكون خلعاً احتج المصنف بانه اذا جاز ان يسقط حق الزوج بعوض منها جاز من غيرها كقضاء دين عليها وهو مجرد اعادة للدعوى لان المخالعة ان كانت بأمرها او اجازتها فالعوض في الحقيقة منها لان الغير متبرع به لها حينئذ وان لم يكن بأمرها ولا اجازتها فالمخالعة تفويت لحقها على الزوج من الانفاق والعشرة فربما كان لا يطلقها لولا العوض فكيف يكون كقضاء دين عليها فهو تفويت لمصلحتها ، ولا بد ان يكون ايجاب الخلع او طلبه ﴿ **مع القبول** ﴾ او الامتثال للطلب سواء كان المطلوب هو الزوج او الزوجة نحو ان يقول الزوج خالعتك على الف أو يقول الزوج طلقتك على الف أو يقول كل من الزوج والزوجة لصاحبه خالعني أو طلقني على الف فيقول خالعتك او طلقتك فحكمة حكم القبول المشار اليه بقوله ﴿ **أو ما في حكمه** ﴾ قلت ظاهر حديث اختلاع امرأة ثابت بن قيس بن شماس جميلة بنت عبدالله بن ابي عند البخاري وابي داود والنسائي او حبيبة بنت سهل عند الموطا وابي داود والنسائي يقضي بعدم اشتراط العقد وان المعاطاة كافية في صحة الخلع لان رواية الموطا وابي داود ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال له خذ بعض مالها وفارقها وفي رواية البخاري أقبل الحديقة وطلقها تطليقة وذلك [٢] ايضاً ظاهر في انه لا يشترط كون القبول ﴿ **في مجلس العقد أو** ﴾ في مجلس ﴿ **الخبر به** ﴾ فيمكن ان يقاس عليه كل عقد تعتبر فيه المعاوضة وان الشرط ليس القبول ﴿ **قبل الاعراض** ﴾ بل انما الشرط كونه قبل الرد من القابل او الرجوع من الموجب كما تقدم مثله في قبول النكاح ﴿ **فيهما** ﴾ أي في مجلس الايجاب ومجلس بلوغ الخبر به ومثل المصنف صيغ المخالعة بقوله ﴿ **كأنتِ كذا على** ﴾ تأدية ﴿ **كذا**

---

(١) **قال** : او من غيرها أقول : في المنهاج للنووي ويصح اختلاع اجنبي وان كرهت الزوجة قال شارحة لان الطلاق يستقل به الزوج والالتزام يتأتى من الاجنبي لان الله تعالى سمي الخلع فداء كفداء الاسير ولو قصد بفدائها انه يتزوجها ايضاً ولكنه يأثم انتهى ، قلت اما اذا كان عن نشوز وخوف عدم اقامة حدود الله فانه مأجور لا آثم لانه تعاون على البر والتقوى ولكن بقي انه لا دليل على انه يصح من الغير فالحق مع الشارح في عدم صحته من الغير .

(٢) **قوله** : وذلك ايضاً ظاهر في انه لا يشترط القبول ، أقول : لا ظهور له في ذلك لان رواية الدار قطني انه لما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وفي رواية النسائي فأرسل اليه فقال خذ الذي لها عليك وخل سبيلها قال نعم فالاخبار دلت انه قبل في مجلس الخبر .

فقبلت ﴾ الزوجة فيلزمها ما عقد عليه ﴿ **أو** ﴾ قبل ﴿ **الغير** ﴾ فيلزم الغير لما عرفت من صحة كون عوض الخلع من غيرها على ما اختاره ﴿ **أو** ﴾ قالت لزوجها ﴿ **طلقني** ﴾ على كذا ﴿ **أو** ﴾ قال له غيرها ﴿ **طلقها على كذا فطلق** ﴾ أي امتثل الأمر طلقت خلعاً ولزم العوض طالب الطلاق ﴿ **أو شرطه** ﴾ بلفظه الماضي عطف على كأنت كذا ومثل الشرط بقوله ﴿ **كاذا كذى** [*1] ﴾ نحو اذا ابرايتني فانت طالق ﴿ **أو طلاقك كذا** ﴾ نحو طلاقك ان تبريني او ان تهبي لي كذا ﴿ **فوقع** ﴾ ذلك الشرط منها ﴿ **ولو بعد المجلس** ﴾ وقع الخلع لما تقدم من الفرق بين الشرط والعقد من ان الشرط مستقبل والعقد اخبار عما في النفس من الرضا بالمعاوضة ثم لا فرق بين ان يقول الزوج متى ابراتني فانت طالق او تقول الزوجة متى طلقتني [*2] فانت بريء في ان كلا من العبارتين مفيد للخلع لا فرق بينهما الا بجعل احدهما قيداً والآخر مقيداً واختلاف كيفية الربط لا يوجب اختلاف المربوط .

تنبيه من خالف في صحة الطلاق المشروط يخالف هنا في وقوع الطلاق فضلاً عن كونه خلعاً ، واذا وقع القبول او الشرط ﴿ **فيجبر ملتزم العوض** ﴾ من زوجة أو غيرها على تأديته في الحال ولا حاجة الى تقييد الاجبار بقوله ﴿ **في العقد** ﴾ لان الشرط لا يفتقر الى التزام بل انما يقع الخلع بوقوع الشرط ﴿ **و** ﴾ كذا يجبر ﴿ **الزوج على القبض فيهما** ﴾ لتبرأ ذمة الملتزم للعوض بناء على [3] انها لا تكفي التخلية في براءة الذمة وسيأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى

(١ *) **ظاهر عبارة** شرح ابن يفتاح انه عطف على صيغة المصدر اعني قوله بعقد على عوض فيكون المعطوف كالمعطوف عليه في المصدرية لان الخلع ينقسم الى قسمين عقد وشرط فلما فرغ العقد ذكر الشرط وفي الغيث انما اتى بالضمير العايد الى العوض لئلا يتوهم ان كل طلاق معلق على شرط يكون خلعاً وان عرى عن العوض وليس كذلك .

(٢ *) **يريد الشارح الرد على ما نقل عن الغزالي** ان هذه الصورة وامثاله يكون طلاقاً رجعياً لا خلعاً لانها لم تجعل البرا عوضاً عن الطلاق فهو نحو ان جازيد بخلاف متى ابرأتني . . . الخ فانه قيد الطلاق بوقوع البرا وكذلك هو عند أهل المذهب هذا كلامه او معناه .

(٣) **قوله** : بناء على انها لا تكفي التخلية ، أقول : يريد هنا وقد أورد المصنف سؤالاً انه لم جعلت التخلية في المبيع قبضاً وكذلك في رد العين المغصوبة لا هنا واجاب بانها انما لم تكف التخلية هنا وكفت هنالك لان المبيع والمغصوب ليسا ملكاً لمسلمه اسم فاعل بل هو ملك الممتنع من القبض فلم يلزم المسلم له اكثر من تخليته بينه وبينه كالوديع بخلاف عوض الخلع فانه باق على ملك المسلم له والملك لا يرتفع

﴿ ولا ينعقد ﴾ الخلع ﴿ بالعدة ﴾ [١] نحو ان يقول ابريني وانا اطلقك او تقول طلقني وانا ابريك فيفعل المأمور خلافاً للمويد بالله فيما اذا وقع انجاز العدة في المجلس . قلت ويشهد له ظاهر حديث امرأة ثابت بن قيس ﴿ ولا تلحق الاجازة ﴾ شيئاً من ضيع مخالعة الفضولي ﴿ الا ﴾ اذا تولى ﴿ عقده ﴾ لا لو تولى مشروطه الا انه [٢] لا وجه للفرق فان الفضولي اذا قال انت طالق اذا سلمت لزوجك الفا فأجاز الزوج ذلك التعليق كان كأنه المعلق للطلاق لان الاجازة انما أثرت في العقود لانقلابها على فعل الفضولي بالتصحيح وتصييره كأنه فعل المالك وذلك حاصل في العقد والشرط لا كما توهمه المصنف من أن الاجازة لا تصحح الا العقود .

﴿ فصل ﴾

﴿ ولا يحل للزوج ﴾ أن يأخذ ﴿ منها أكثر مما لزم بالعقد لها ﴾ [٣] وقال المؤيد والامام يحيى والفريقان يجوز بما تراضيا عليه من قليل أو كثير لنا ما جاء في بعض روايات حديث ابن عباس أن سهلة امرأة ثابت بن قيس وقد قال لها النبي صلى الله عليه وآله وسلم «أتردين عليه حديقته قالت نعم وأزيد فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أما الزيادة فلا» قالوا معارض[٤] بحديث أبي سعيد الخدري كانت أختي تحت رجل من

= بمجرد التخلية كما لا يبرأ المديون بمجرد التخلية بين الداين وبين شيء من ماله بنية القضا وبراءة ذمته حق له على الغير فيجب اجباره حيث امتنع .

(١) **قوله** : الا انه لا وجه للفرق ، أقول : والمصنف لم يذكر فرقاً في الغيث وسيذكر الشارح انه توهم ان الاجازة لا تصحح الا العقود .

(٢) بل يكون طلاقاً رسمياً اذا وقع .

(٣) وهو مهرها ونفقتها ونفقة عدتها .

(٤) **قوله** : معارض بحديث الخدري أقول : قال في المنار رواه البيهقي وفيه قالت نعم وازيده فخلعها وردت عليه حديقته وزادته ، واما رواية وزيديه بلفظ الامر فلم اجدها بعد البحث والحجة انما هي في الأمر لا في فعلها قلت ورواية وزيديه ساقها الموزعي في كتابه تيسير البيان بلفظ الأمر وظاهره انه كذلك ساقها الدار قطني ثم قال صاحب المنار فحصل من هذا تعارض الحديثين لان سكوته صلى الله عليه وآله وسلم عند قولها وازيده وهو في محل التعليم تقرير سيما اذا علم بعد اعطائها الزيادة وسكت ثم بقي

الأنصار فارتفعا الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال لها أتردين عليه حديقته قالت نعم وأزيده فقال لها ردي عليه حديقته وزيديه وأجاب المصنف بأن الحظر ارجح . قلت الرجيح فرض صحة المتعارضين وحديث امرأة ثابت مضطرب المتن حتى في اسمها قيل جميلة بنت

= (١ . ح) جواز تخصيص عموم الآية على صحة منع الزيادة في الحديث قلت وقد نص الدار قطني على صحتها كما نقله المنار عن ابن القيم ونص امام من أيمة الحديث على الصحة تصحيحاً للحديث سبباً مثل الدار قطني الذي قال في حقه الحاكم هو واحد اهل عصره في الفهم والحفظ والورع وقد قال المنار وحديث منع الزيادة أقوى سند او دلالة الا ان جواز الزيادة ظاهر قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به لعمومه للقليل والكثير انتهى . كلامه قلت ثم انه لا خفا في ان الآية سيقت لبيان عدم حل أخذ شيء مما اتاها الزوج (ولا يحل لكم ان تأخذوا مما اتيتموهن شيئاً) ، ثم استثنى منه حالة خوف عدم اقامة حدود الله تعالى ونفي الجناح عما افتدت به أي مما آتاها لان السياق فيه فلا تدخل الزيادة من مالها تحت الآية والا لتنافر صدرها وآخرها وحينئذ فلا يتم انها دلت على جواز الزيادة ظاهراً انما هي ظاهرة في جواز الافتدا بقليل ما آتاها او كثيره وفي معالم السنن انه كان سعيد بن المسيب يقول لا يأخذ منها جميع ما اعطاها قلت وهو من فقهه في الآية فانها تقتضي ذلك (١ . ح) لولا حديث ثابت فانه ظاهر انه أخذ كل ما اعطاها وهي الحديقة ثم الآية ظاهرة في اشتراط خوفهما معاً في حل الأخذ منها وافتدائها والحديث ظاهر في انه لم يحصل الخوف الا لها لانها التي جاءت ، وقالت اني اكره الكفر بعد الاسلام وقد نبه الرازي على هذا في مفاتح الغيب هذا راتيه بعد كتب هذا من مدة طويلة وقال فان قيل فقد شرط في هذه الآية خوفهما معاً فكيف قلتم انه يكفي حصول الخوف منها ، قلنا سبب الخوف وان كان اوله من جهة المرأة لانه قد يترتب عليه الخوف الحاصل من قبل الزوج لان المرأة تخاف على نفسها من عصيان الله تعالى في حقوق الزوج والزوج يخاف انها ان لم تطعه يضربها ويشتمها فكان الخوف حاصلاً لهما انتهى. يريد أنه يتلازم خوفهما فاذا عصته في حقه عصى الله في حقها، وأعلم انه اختلف في المراد بالخوف فقيل هو الظن والحسبان فيدل على جواز الخلع وان كان حالهما مستقيماً لكنها كارهة لصحبته وتخاف ان تمنعه بعض حقه لكراهتها اياه كما قاله الاكثر من جواز الخلع مع استقامة الحال ويحتمل ان يراد به العلم نحو فان خفتم شقاق بينهما أي علمتم فلا يدل على جوازه عند استقامة الحال كما قاله المصنف كما هو المذهب والى هذا ذهب ابن المنذر ، نعم وقد اختلف العلماء في الخطاب بقوله فان خفتم فقيل للمؤمنين وقيل للولاة مثل قوله فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً الآية فانه خطاب للولاة بالاتفاق فذهب الاكثرون الى الاول قالوا قياساً على الطلاق وذهب الى الثاني الحسن وابن سيرين وسعيد بن جبير فشرطوا في الخلع حضور السلطان .

(١ . ح) صاحب المنار يعني انه يوقف في التخصيص لعموم الآية بمنع الزيادة على صحة حديث منع الزيادة .

(١ . ح) لاتيانه التبعيضية فيها .

عبدالله بن أبي وقيل حبيبة بنت سهل وقيل سهلة وحديث الخدري ضعيف الاسناد وقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » هو الدليل وهو عام للقليل والكثير ﴿و﴾ لو منعنا[١] من الزيادة على ما لزم بالعقد لها لما جاز أن يزاد في عوض الخلع ما لزمه ﴿ **لأولاد منه** ﴾ عليها ﴿ **صغار** ﴾[٢] الى وقت انقطاع حقها من حضانتهم كما سيأتي في الحضانة ان شاء الله تعالى ولا زيادة مقدار نفقة عدتها كما ذكره المصنف لأنها ساقطة[٣] بالنشوز الذي هو شرط الخلع فتسليمها لمقدارها زيادة على ما تستحق ﴿و﴾ المخالعة ﴿ **تصح على ذلك ولو** ﴾ كان ﴿ **مستقبلاً** ﴾ ومجهولاً اما الاستقبال فلأنه كالتأجيل بالثمن ، وأما الجهالة فلما سيأتي ان شاء الله تعالى ﴿و﴾ كذا تصح المخالعة ﴿ **على المهر** ﴾ ان كان باقياً ﴿ **أو مثله** ﴾ ان كان فائتاً ﴿ **كذلك** ﴾ أي ولو كان مستقبلاً ومجهولاً ﴿ **فإن** ﴾ خالعها عليه و ﴿ **لم يكن قد دخل** ﴾ بها ﴿ **رجع** ﴾ عليها ﴿ **بنصفه** ﴾ ان لم تكن قبضته والا استحق عليها مهراً كاملاً بعقد الخلع ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول لكن رجوعه عليها بأكثر مما لزمه لها ينافي ما تقدم من انه لا يحل منها اكثر مما لزم بالعقد لها لأن الدخول اذا كان شرطاً في استحقاقه كاملاً كشف فوات الشرط عن فوات المشروط[٤] وتقدم تحقيق[٥] **ذلك** ﴿ **ونحو ذلك** ﴾ مما يقتضيه قواعد الخلع والطلاق قبل

---

(١) **قوله** : ولو منعنا من الزيادة . . . الخ ، أقول : في المنار قد علمت ان الحديث انما هو تردين عليه حديقته وهي المهر فقط فشمول ساير ما تسبب عن العقد من ابن جآبل ينفيه نفى الزيادة لان غير الحديقة زيادة بل اللازم في ظاهر الحديث عين الحديقة ولا يصح مثلها الا بدليل خارجي اما من اجاز الزيادة فالتفريع على اصله صحيح لكن اعتقاد هذه الجهالة يحتاج الى دليل انتهى . قلت فالحق ما قاله الشافعي من انه لا يصح بالتربية للاولاد الا ان تكون مقدرة ، واما المصنف فيقول الجهالة يغتفر في عوض الخلع وسيشير اليه الشارح وقال المصنف انه لا يحفظ خلافاً في جواز الخلع على قدر المهر فهو الدليل عنده على عدم شرطية عينه .

(٢) وهو اجره التربية ونفقتهم .

(٣) **قوله** : لانها ساقطة بالنشوز أقول : قد أورد المصنف سؤ الاً فقال فان قلت من شرط الخلع النشوز حيث العوض من الزوجة ومع نشوزها لا نفقة لها فكيف قلتم يصح ان يخالعها بنفقة عدتها وذكر جوابين ونظرهما والثالث قال وهو الاقرب ان الخلع في التحقيق على مثل النفقة فيجب له ولو كانت ناشزة لانها من توابع العقد فلا يضر سقوطها بالنشوز كسقوط بعض المهر بالطلاق .

(٤) **قوله** : وتقدم تحقيق ذلك ، أقول : هو ما سلف له في شرح قوله ولها فيه كل تصرف .

(٥) وهو استحقاق .

الدخول كما لو كانت قبضت ثلاثة أرباع المهر وخالعها على مهر كامل فانها تسلم ثلاثة أرباع مهر وعلى هذا القياس .

﴿ فصــل ﴾

﴿و﴾ إذا قالت له طلقني على هذا المال الذي في يدي فطلقها فاذا ليس في يدها شيء فهذا تغرير منها له فحينئذٍ ﴿ **يلزم بالتغرير مهر المثل** ﴾[1] سواء حصل التغرير منها او من مخالع غيرها لكن هذا لا يتمشى على القواعد لما عرفت من ان عوض الخلع يقبل الجهالة فيرجع فيه الى ما يرجع في الاقرار بالمجهول اليه فتسلم له في هذا المثال ما يسمى مالاً وكذا لو قالت على هذه الدراهم لزم ثلاثة دراهم ، واما لزوم قدر مهر المثل فمما لا دليل عليه من نص ولا قياس ، اما النص فظاهر ، واما القياس[2] فلأنه لا قيمة لخروج البضع عند المصنف هذا اذا

(١) **فصل ويلزم بالتغرير** : اعلم ان هذا الفصل اشتمل على فروع خالية عن الدليل والتغرير لا يلزم به حكم بل هو لغولانه غش للمغرور عليه وثبت حديث **ليس منا من غش** .

(٢) **قوله** : واما القياس فانه لا قيمة . . الخ ، أقول : استدل له في شرح الاثمار بان التغرير جناية من الغار فلزمه به قيمة ما فوته على الزوجة وذلك مهر المثل اذ هو قيمة البضع وذلك واضح انتهى الا انه لا يتم الا بناء على ان لخروج البضع قيمة وقد اباه المصنف والحق ما قاله الشارح في المسألة والا فلا عذر عن مذهب مالك والشافعي ، وأعلم انه قد ذكر المصنف انه لا قيمة لخروج البضع عند اهل المذهب وابي حنيفة واستدل له في العتق في البحر بقوله بدليل لو قتلت أو منع الوطء لم يلزم عوض بذلك والشارح كأنه لم يرتض ذلك حيث نسبه الى المصنف قلت وهو عجيب فان شرعيته الخلع مبنية على ان للبضع قيمة والا ففيم ابيح للزوج مال الزوجة الذي قد ملكته فانما ابيح له لخروج البضع عن انتفاعه به وقد ذكر المسألة ابن القيم واستدل للقايل بانه لا قيمة لخروجه بانه لو طلق زوجته في مرض موته لم يعتبر في الثلث ولو كان لخروجه قيمة لاعتبر من الثلث وبأنه يطلق على الزوج الحاكم في الأيلا والعنة والاعسار في النفقة ولا عهدة لنا في الشريعة بمتقوم يخرج من ملك مالكه مجاناً قهراً وبانه ولو كان متقوماً في خروجه لجاز للأب ان يخرجه عن ابنته الصغيرة بشيء من مالها كما يشتري لها عقاراً قال وكأن شيخنا ابن تيمية يضعف هذا القول جداً ويذهب الى ان خروج البضع له قيمة ويستدل بقوله فاسألوا ما انفقتم وليسألوا ما انفقوا وان فاتكم شيء من ازواجكم الى الكفار الآية فأمر تعالى المسلمين ان يسألوا مهور نسائهم وأمر الكفار ان يسألوا مهور نسائهم اللاتي هاجرن واسلمن وان يرد المسلمون الى من ذهبت امرأته من الكفار مهره اذا أخذوا من الكفار رمالاً بغنيمة أو نحوها فقال تعالى وان فاتكم شيء من ازواجكم الى الكفار فعاقبتم فآتوا الذين ذهبت ازواجهم مثل ما انفقوا ومعنى عاقبتم غنمتم واصبتم منهم عقبى وهي الغنيمة هذا قول المفسرين ولما نزلت هذه الآية أقر المسلمون بحكم الله

ذكرت ماله معنى ظاهر كان اللازم اقل ما يحتمله اذا أبطل بأي وجوه البطلان اما لو قالت على ما في يدي وليس في يدها شيء فانه يكون رجعياً لبطلان الخلع ببطلان عوضه وان لم يبطل الطلاق ببطلان عوضه ، وقال مالك والشافعي يكون خلعاً ويجب هنا مهر المثل ايضاً لأن بطلان البدل[1] يوجب الرجوع بقيمة المبدل منه وأجاب المصنف انه لا قيمة لخروج البضع وهو محل النزاع ثم قد رجع الى قيمته في الطرف الأول وذلك تلون في القواعد ﴿ ولا ﴾ حكم لما حصل منها من ﴿تغرير إن ابتدا﴾ الزوج طلبها مخالعتها على الدراهم التي في يدها مثلاً فانكشف ان لا شيء فيها ﴿ أو علم ﴾ أن لا شيء في يدها ايضاً وان كانت هي الطالبة فلا يلزمها شيء بل يقع الطلاق رجعياً لأنه اختار الطلاق بلا عوض وقد قيل[2] ان سكوتها في صورة الابتداء تغرير فيلزمها مهر المثل واذا طلبته ان يطلقها ثلاثاً بعوض عينته وطلق طلقة او طلقتين فانه يلزمها من العوض ﴿ حصة ما فعل ﴾ من الطلاق الثلاث

وادوا ما أمر الله به من نفقات المشركين على نسائهم وأبا المشركون ان يردوا ما أمر الله به من نفقات المسلمين اليهم فانزل الله «وان فاتكم شيء من ازواجكم الى الكفار فعاقبتم فآتوا الذين ذهبت ازواجهم مثل ما انفقوا» ولولا ان خروج البضع متقوماً لم يكن لاحد الفريقين على الآخر مهر فهذا ظاهر القرآن يدل على ان خروج البضع من ملك الزوج متقوم قلت ويدل عليه ان الشارع لما جعله متقوماً في دخوله جعله متقوماً في خروجه لانه لم يدخل الى ملك الزوج الا بقيمة وحكم الصحابة في المفقود بما حكموا به عليه من رد صداق امرأته بعد دخول الثاني دليل على انه متقوم في خروجه وهذا ثابت عن خمسة من الصحابة منهم علي وعمر قال احمد الى أي شيء يذهب من خالفهم فهذا القرآن والسنة وافعال الخلفاء الراشدين دالة على تقويمه قال ابن تيمية ، واما قولهم لو كان متقوماً لجاز للاب ان يخرجه عن ابنته الصغيرة فانا نقول اذا اجاز له ان يعفو عن صداق ابنته قبل الدخول لقوله تعالى «او يعفوا الذي بيده عقدة النكاح» وهو الولي لبضعة عشر دليلاً على ذلك انه المراد في الآية جاز له خلعها بشيء من مالها بل هو اولى لانه اذا جاز له اسقاط مالها مجاناً فلان يملك اسقاطه ليختلعها من رق الزوج ويزوجها بمن هو خير لها منه اولى واحرا واما طلاق الحاكم عنه كما ذكرتم فلان الله انما ملكه بضعها بالمعروف فاذا لم يستمتع به بالمعروف اخرجه الشارع عنه فانه قال تعالى «فامساك بمعروف او تسريح باحسان» فاوجب على الزوج احد الامرين اما امساك بمعروف او تسريح باحسان فاذا لم يسرح باحسان سرح عنه الحاكم قهراً .

(١) قوله : وقد قيل ان سكوتها . . . الخ ، أقول : في المنار قد مضى للمصنف ان السكوت تغرير وهنا يخالفه والصواب ما هنا انتهى ، قلت وقد يفرق بين جهله وعلمه ان ابتدأ .

(٢) وهو المال .

﴿ **وقد طلبته ثلاثاً** ﴾ بألف مثلاً لكن هذا لا يتمشى على القواعد الأصولية لأن[١] طلب المقيد ليس طلباً للمطلق من حيث هو مطلق وان استلزم المقيد المطلق فان طلب ضرب حيوان ناطق لا يستلزم ضرب أي حيوان حتى اذا ضرب حمارا صح أن يقال انه فعل بعض المطلق . وتحقيقه ان معنى المجموع من القيد والمقيد ليس هو مجموع معنييهما لما علم من ان الحق عدم تمايز اجزاء الماهية المركبة لا ذهناً ولا خارجاً وانما هي امر ثالث كالمزاج المتولد عن اجزاء المعجون ولهذا حكموا بأن قضاء المؤقت انما يكون بأمر جديد لفوات المطلوب بفوات قيده ﴿**او**﴾ طلب الخلع ﴿ **لها وللغير** ﴾ بعوض واحد فطلقها وحدها أو طلق غيرها وحدها فان اللازم هو حصة ما فعله ﴿**حسب الحايل**﴾ الذي تقتضيه العبارة والقواعد الأصولية أو إذا سمت عوضاً وانكشف انه مستحق لغيرها فانه يلزمها ﴿ **قيمة ما استحق** ﴾ ان كان جاهلاً لعدم استحقاقها له لا لو علم انها لا تستحقه فخالع عليه فان الطلاق انما يقع رجعياً ، وعندي انه في قوة الخلع المشروط فلا يقع رجعياً بل خلعاً موقوفاً على ملكها للعوض وتسليمه ايضاً كما في سائر العقود الموقوفة ﴿**و**﴾ كذا لو طلقها على مهرها وقد كان سقط عنه بابراء أو نحوه وجهلا كلاهما سقوطه فانه يلزمها له ﴿ **قدر ما جهلا** ﴾[٢] **سقوطه أو هو** ﴾ الجاهل ﴿ **وهي** ﴾ عالمة بسقوطه بشرط ان تكون هي ﴿ **المبتدئة** ﴾ لطلب الخلع لكن ان كانت العلة هي التغرير كما علل به المصنف وجب أن يكون ابتداؤها شرطاً حيث جهلا كلاهما كما لو جهل وحده وان كانت العلة هي الجهل للسقوط فقد ظهرت طردية جهلها بلزومه لها مع علمها مبتدئة فيكون المؤثر هو جهله وحده فلا وجه للتفصيل ﴿**و**﴾ اذا خالعت وهي مريضة فانما ﴿ **ينفذ في المرض** ﴾ الذي هو سبب الموت ﴿ **من الثلث** ﴾ بناء على انه ليس قيمة للبضع بل هو كسائر التبرعات ومن يجعله قيمة للبضع يقول بنفوذه من رأس المال كسائر المعاوضات المتعلقة بالمال ﴿ **ولها الرجوع** ﴾[٣] عن المخالعة ﴿ **قبل** ﴾ أن يحصل منه ﴿ **القبول** ﴾ أو الامتثال لما

---

(١) **قوله** : لان طلب المقيد ، أقول : فانها طلبته طلاقاً مقيداً بعدد لا مطلقاً وهذا التحقيق هو الحق فلا يلزمها شيء من العوض رأساً ويقع عليها من الطلاق ما اوقعه رجعياً .

(٢) **قوله** : قدر ما جهلا سقوطه ، أقول : قال المصنف وانما لزمها قدر ما جهلا سقوطه لان العوض قد لزمها في مقابلة الطلاق على مقتضى الآية والخبر فلما استوفت الطلاق وبطل العوض المعين رجع بقدره كالثمن اذا استحق وكذا اذا كان منها تغرير .

(٣) **قوله** : ولها الرجوع قبل القبول ، أقول : اما بعده حال العدة فقال الائمة الاربعة وغيرهم قد بانت منه بنفس الخلع وذكر عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب انه قال في المختلعة ان شاء ان

طلبته من الطلاق على عوض لكن انما يصح لها الرجوع ﴿ في العقد ﴾ كانت برى على أن تطلقني أو طلقني بألف ﴿ لا في الشرط ﴾ لأن الشروط لا يعتبر فيها المجلس كالعقود وقد اشرنا سابقاً الى ما فيه[1] ولو قال خالعتك على كذا بشرط أن يكون لي عليك الرجعة فانه يقع خلعاً ﴿ ويلغو شرط صحة الرجعة ﴾ وقال الشافعي بل يلغو الخلع ويصير رجعياً ، لنا انه شرط خلاف موجب الخلع فلغي كسائر الشروط المخالفة لموجب العقود لحديث كل شرط ليس في كتاب الله تعالى ولا سنّة نبيئه فهو باطل ، قالوا الغرض من الخلع نفي الرجعة كما ان الغرض من النكاح هو الوطء فإذا شرطا أفسدا العقد كما تقدم في صورة غالباً من شروط النكاح .

﴿ فصل ﴾

﴿و﴾ الخلع ﴿ هو طلاق ﴾ يحسب من جملة التطليقات الثلاث وتدخله السنة والبدعة ، وقال ابن عباس وعكرمة وطاووس والباقر والصادق وأحمد واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وهو أحد قولي الناصر والشافعي بل فسخ[2] لا يحسب في التطليقات ولا يعتبر فيه سنة ولا

= يراجعها فليرد عليها ما أخذ منها في العدة وليشهد على رجعتها قال معمر و كان الزهري يقول بقول قتادة وقال ابن القيم ولقول سعيد بن المسيب والزهري وجه دقيق من الفقه لطيف دقيق المأخذ تتلقاه قواعد الفقه واصوله بالقبول ولانكاره فيه وان كان العمل على خلافه فان المرأة ما دامت في العدة فهي في حبسه ويلحقها صريح طلاقه المنجز عند طايفة من العلماء فاذا تقايلا عقد الخلع رجعا على ما كانا عليه بتراضيهما لم يمنع قواعد الشرع ذلك وهذا بخلاف ما بعد العدة فانها قد صارت منه اجنبية محضة فهو خاطب من الخطاب ويدل على هذا ان له ان يتزوجها في عدتها منه بخلاف غيره انتهى . وانما امتنع الرجوع من الزوج في العقد لان العقد من جهته يتضمن الطلاق وهو قوي النفوذ فلا يصح الرجوع واما من جهة الزوجة فيصح رجوعها في العقد لانه تمليك كذا قاله المصنف وقد حكى اقوالا منها ما أشار الى قوته انه يصح رجوع الزوجة في العقد والشرط ولو من الزوج وفي شرح الاثمار عن الارشاد للشافعية انه يصح رجوع الزوج في العقد والشرط ويصح من الزوج في العقد لا الشرط وعللوا ذلك في حق الزوجة انه من جانبها معاوضة على كل تقدير وكذا في حق الزوج في العقد كساير المعاوضات لا في الشرط تغليباً لحكم التعليق في حقه قلت وهذه فروع يعسر تطبيقها على دليل معين .

(١) **قوله** : الى ما فيه ، أقول : في شرح ولا تلحق الاجازة الا عقده .

فصل وهو طلاق .

(٢) **قوله** : بل فسخ ، أقول : قال ابن القيم انه لا يصح عن صحابي انه طلاق البتة وفي معالم السنن اه احتج ابن عباس على انه ليس بطلاق بقوله تعالى «الطلاق مرتان فامساك بمعروف» الآية ثم ذكر الخلع

بدعة لنا ما في حديث ابن عباس عند البخاري وأبي داود ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لثابت(*) « أقبل الحديثة وطلقها تطليقة » وهو نص في كونه طلاقاً قالوا قوله مخالف لروايته ومخالفة الراوي لما روى دليل علمه بناسخ له لوجوب حمله على السلامة ولأنه في حديث المرأة نفسها عند أبي داود والموطأ والنسائي بلفظ وخل سبيلها وعند أبي داود من حديث عائشة بلفظ وفارقها وصاحبة القصة أخص بما وقع في شأنها من ابن عباس ، واما انه ﴿ **باين** ﴾ فالبينونة في الأصل هي المفارقة مطلقاً كما ثبت في الموطأ وأبي داود من حديث محمد بن المنكدر ان رجلاً من أهل البادية طلق امرأته ثلاثاً فقال ابن عباس لأبي هريرة افته فقال أبو هريرة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها وهو عند أبي داود بهذا اللفظ عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمرو بن العاص ، وانما صارت البينونة عرفاً للفقهاء فيما ﴿ **يمنع الرجعة** ﴾ بغير اختيار المرأة والخلع

= فقال فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم ذكر الطلاق فقال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فلو كان الخلع طلاقاً لكان الطلاق اربعاً قال ابن القيم والذي يدل انه ليس بطلاق ان الله تعالى رتب على الطلاق بعد الدخول الذي لم يستوف عدده ثلاثة احكام كلها منتفية عن الخلع احدها ان الزوج احق بالرجعة فيه الثاني انه محسوب من الثلاث فلا تحل بعد استيفاء العدد الا بعد دخول زوج واصابته الثالث ان العدة ثلاثة قروء وقد ثبت بالنص والاجماع انه لا عدة في الخلع قلت كأنه لم يعتد بما استدق وجهه واستلطفه من قول سعيد بن المسيب والزهري كما قدمناه فزعم الاجماع وثبت بالسنة ، وأقوال الصحابة ان العدة فيه حيضة واحدة وثبت بالنص وقوعه بعد طلقتين ووقوع ثالثة بعده وهذا ظاهر جداً في كونه ليس بطلاق فهذا مقتضى النص والقياس وأقوال الصحابة ثم من نظر في حقايق العقود ومقاصدها دون الفاظها يعد الخلع فسخاً بأي لفظ كان حتى بلفظ الطلاق ومما يدل على هذا ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمر ثابت بن قيس ان يطلق امرأته تطليقة ومع هذا أمرها ان تعتد بحيضة فهذا صريح في انه فسخ ولو وقع بلفظ الطلاق انتهى . وبالاعتداد بحيضة استدل الخطابي انه غير طلاق قال لان الله تعالى يقول والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولو كانت هذه مطلقة لم يقتصر على قرء واحد واذا عرفت هذا عرفت ضعف استدلال الشارح لمن قال انه طلاق بحديث طلقها تطليقه وقد عرفت ضعف قوله وجوابه ومخالفة الراوي . . . الخ ، بما اسلفناه عليه في شرح قوله والرضاع كالنسب ، واما هنا فلا مخالفة بين كونه بلفظ الطلاق وكونه فسخاً كما عرفت فلم يختلف الراوي والرواية .

(*) وعن ابن عباس رضي الله عنه ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عدتها حيضة اخرجه ابو داود والترمذي وحسنه .

يمنعها[١] باتفاق الا عن أبي ثور ، قلنا شرع تحمل عوض الخلع ليخلصها عن سلطانه عليها فبقاء استحقاقه الرجعة منافٍ للغرض من الخلع لأنه معاوضة ولا يثبت في المعاوضات استبداد احد المتعاوضين بكلا العوضين ضرورة عقلية وشرعية . قلت لولا قول أبي ثور أنه فسخ والفسخ ينافي الرجعة لما انتهض الدليل عليه لأن الخلع ليس بمعاوضة حقيقية حتى يلزم عقده اذ لا قيمة[٢] عندهم للبضع ، وانما العوض فدية لا يمنع رضاها بالرجعة قبل التثليث ﴿و﴾ اما انه يمنع من تعلق ﴿ **الطلاق** ﴾ بها فلأن أقل أحواله أن يكون كالرجعي لعدم قبول المحل عند من لا يرى ان الطلاق لا يتبع الطلاق وعند بعض من رأى انه يتبعه ايضاً كالمؤيد ولا وجه له على أصل من جعله طلاقاً وجعل الطلاق يتبع الطلاق وانما يتجه على القول بانه فسخ أو القول بأن الطلاق لا يتبع الطلاق ﴿ **ولفظه** ﴾ أي لفظ الخلع اذا تجرد عن ذكر عوض فانه ﴿ **كناية** ﴾[*] طلاق رجعي وقيل صريح طلاق ، قلنا صار الخلع حقيقة لطلاق مخصوص فكان غيره مجازاً تعتبر فيه النية ﴿و﴾ اما قوله انه ﴿ **يصير مختله رجعياً** ﴾ فجزاف لا صحة له الا اذا كان اختلاله بعدم ايقاعه معقوداً ولا مشروطاً وذلك هو الطلاق المطلق ، وا ما اذا كان اختلاله باختلال شروط الزوج [٣] فلا يقع خلعاً ولا رجعياً اتفاقاً وكذا اختلال ـ صحة تصرف الزوجة لأن قبولها كلا قبول وقد ذكر [٤] ذلك في الغيث ، واما اختلال نشوزها فقد تقدم الخلاف فيه وان الصحيح عدم اشتراطه في صحة الخلع ، واما اختلال شروط العوض فقد عرفناك انها تنبني على عدم صحة كونه عوضاً ولا دليل على عدم الصحة ، واما عدم تمكنها

---

(١) **قوله** : يمنعها باتفاق الا عند ابي ثور اقول قدمنا لك قريباً ان سعيد بن المسيب والزهري يقولان بان للرجل الرجعة فيمن يخالعها وظاهره مطلقاً رضيت المرأة اولا وان كان الا ظهر القول بانه لا رجعة الا باختيارها .

(٢) **قوله** : اذ لا قيمة عندهم للبضع ، أقول : قدمنا ان الحق ان له قيمة وانما هذا لهم ولذا قال عندهم الا ان الشارح قد اختار انه فسخ لا كما قاله المصنف .

(٣) نحو ان يكون صغيراً او محزناً أو مكرهاً .

(٤) **قوله** : وقد ذكر ذلك في الغيث أقول : قال فيه واما اذا كانت مجنونة او صغيرة فانه لا حكم لبذلها العوض ولا خلاف في ذلك اعني لا يقع الخلع قال ابو حامد ولا يقع رجعياً قلت وكذا عندنا لأنه علقه بالعوض فلم يقع عوض ولا قبول صحيح فلا حكم لقبولها انتهى .

(*) اراد المصنف ان لفظ : الخلع كناية في الخلع وان صريحه لفظ الطلاق وهو صريح البحر فينظر والله أعلم .

من تسليم العوض فقد عرفناك فيما سبق ان الحق بقاء العقد موقوفاً على التمكن من تسليمه ، واما اذا كان اكثر مما لزم بالعقد لها فقد تقدم ان الحق جواز العقد عليه ولو سلم حرمته فينبني على ان النهي عن الزيادة نهى عن المزيد عليه وهو ممنوع ولهذا صحح ابو حنيفة عقد الربا اذا طرحت الزيادة ولو سلم فينبني على ان النهي للأمر الخارجي يقتضي الفساد ولا يقتضيه[١] اتفاقاً ، واما قوله ﴿ **غالباً** ﴾ فقد استثنى به ثلاث صور لم يحكم بوقوع الطلاق فيها خلعاً ولا رجعياً الأولى ان يخالعها بأكثر مما لزمه بالعقد لها شرطاً[١*] لا عقداً ، الثانية لو خالعها على معين شارطاً فيه [٢*] ان يكون ذلك المعين لها فسلمته وانكشف عدم كونه لها ، **والثالثة** اذا خالع غير **الناشزة** على البراء شرطاً لا عقداً[٣*] ولا وجه لاستثنى هذه الصورة اما الأولى فلأن حرمة الشرط لا يمنع من وقوع مشروطه عند وقوعه ، واما الثانية فلأن حاصلها عقد للمخالعة على شرط كما لو قال ان دخلت الدار فقد خالعتك بألف ولا نزاع [٢] في توقف المشروط على حصول شرطه سوى كان المشروط خلعاً أو غيره وكذا في الثالثة لأنه لما علقه بالبراء وهو لا يمكن من غير الناشرة عند المصنف كان انتفاء الخلع لاستحالة[٣] وقوع عوضه ﴿**و**﴾ الخلع ﴿ **يقبل**[٤]

(١) **قوله** : ولا يقتضيه اتفاقاً ، أقول : الحق ان النهي مطلقاً يقتضي الفساد لان مطلوب الشارع عدم ايجاده خارجاً ولعله قد تقدم تحقيقه او يأتي .

(٢) **قوله** : ولا نزاع في توقف المشروط ، أقول : كأنه يريد لا نزاع لاهل المذهب والا فقد عرفت النزاع بانه لا يصح تعليق الطلاق على شرط .

(٣) **قوله** : لاستحالة وقوع عوضه ، أقول : بل لعدم وجود شرطه وهو النشوز عند المصنف .

(٤) **قوله** : يقبل عوضه الجهالة ، أقول : ظاهره كل جهالة ولذا صح على تربية الاولاد واستدل المصنف بأنه أشبه بالاقرار والوصية فقبل الجهالة مثلهما وقد نازعه المنار قائلا ان اعتبار هذه الجهالة يحتاج الى دليل وتلفيقات المصنف لا تفيد الظن واين جهالة الجنس في القدر من جهالة التربية فانه يرجع الى وسط الجنس وجهالة التربية مفرطة فالقياس فاسد وكذلك ساير العبارات المذكورات تخمينات قلت وهو الحق انه لا يقبل الجهالة وذلك هو الاصل في كل عوض ان لا يقبل الجهالة الا ان يقوم نص على جوازه وهو لا يوجد هنا ثم هو تغرير وقدمنا لك انه لا حكم له والشارح رجع الى تعليله بان البضع لا قيمة له وهو محل النزاع بل باب الخلع منبنى على ان له قيمة وهو المقصود ببذل المال دخولاً وخروجاً كما لا يخفى .

=

(*) نحو ان يقول ان اعطيتني الفا فانت طالق فاعطته الالف وهو أكثر مما لزم بالعقد والوجه انه لم يحل له عوض الخلع واذا لم يحل لم يصح الشرط والعوض مردود عليها . افاده في الغيث وشرح الاثمار .

(٢ *) نحو ان يقول طلقتك على هذه الارض ان كانت لك ولم تخرج عن ملكك .

(٣ *) نحو ان يقول ان ابرأتيني فأنت طالق فأبرأته ووجهه انه شرط براءة ذمته ولم يتم لعدم النشوز .

عوضه الجهالة ﴾ لأنه ليس بمعاوضة حقيقة لأن البضع لا قيمة له فكان كالاقرار بالمجهول يحمل على اقل ما يحتمله اللفظ وهو معنى قوله ﴿ **ويتعين اوكس الجنس المسمى** ﴾[1] لأنه ينطلق عليه اسم الجنس ، واما قوله ﴿ **ويبطل الخلع ببطلانه** ﴾ من (**غير تغرير لا الطلاق** ﴾ فتكرير لقوله ويصير مختله رجعياً ولقوله ويلزم بالتغرير مهر المثل .

﴿ فصل ﴾

﴿ **والطلاق** ﴾ له أحكام منها انه ﴿ **لا يتوقت** ﴾[2] الصواب انه[3] لا يبتغيا لأنه قد تقدم صحة توقيته بالظروف وغيرها وهذا مما لا خلاف فيه ﴿ **و** ﴾ منها انه ﴿ **لا يتوالا متعدده** ﴾ ان[4] أراد بالطلاق لفظه فعدم توالي متعددة ظاهر المنع وان أراد معناه فلا تعدد له أيضاً لأنه اسقاط الحق عن المرأة ولكن الرجعة لما اعادة الحق مرتين تعدد الاسقاط بتعدد الساقط ولا يصح نفي تواليه بهذي الاعتبار للاجماع على انه يتوالى بتخلل الرجعة وبهذا تعرف ضعف القول بتواليه كما هو[5] قول ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة والمؤيد وتخريجه والفريقين ومالك وبعض الأمامية وهو أحد الروايتين .

فصل والطلاق لا يتوقت .

(١) ادناه لان المتيقن .

(٢) نحو انت طالق شهراً .

(٣) **قوله** : لا يبتغيا، أقول : لك تصحيح العبارة بان المراد لا يتوقت انتهاؤه .

(٤) **قوله** : ان أراد لفظه الى قوله فلا **تعدُّد له ايضاً**، أقول لفظ ايضاح في غير محلها والمصنف أراد ان الله تعالى قد ملك العبد ايقاع ثلاث طلقات على الزوجة فهذه الثلاث لو وقعت دفعة لما كانت الا واحدة مما ملكه الله تعالى فهو نفي لتعدد لفظه شرعاً لا لفظاً فهو بديهي انه لا امتناع له وفي المنار يعني ان الطلاق لا يتبع الطلاق ان المرأة اذا وقع عليها طلاق انها لم تبق محلاً لطلاق آخر حتى يرتجعها وبهذا تعرف ان الشارح ما حرر محل النزاع فكرر ذكر اللفظ والمعنى بلا معنى وقوله وان أراد معناه الى قوله ولكن الرجعة هنا محل النزاع فان من قال انه يتبع الطلاق قايلا انه لا رجعة وبالجملة المراد واضح لا يفتقر الى الترديد وقوله للاجماع انه يتوالى بتخلل الرجعة هذا لا يسمونه متوالياً ولا يدخل في محل النزاع ولقد أتى الشارح رحمه الله بشيء غير معروف وهو قسمته توالى الطلاق الى ما تعدد لفظه وتعدد معناه وليس خوضهم الا في الاول وانما شوش البحث بهذه القسمة .

(٥) **قوله** : كما هو قول ابن عباس ، أقول : ابن عباس قد صح عنه القول هذا ونقيضه كما ذكره ابن القيم رحمه الله تعالى .

عن أمير المؤمنين عليه السلام ، قالوا الطلاق[١] مرتان ، قلنا الطلاق فك العقدة ولا عقد حال اللفظ الثاني ضرورة انفكاكه باللفظ الأول وان رجعت بالرجعة فالثاني ليس بفك للعقدة الأولى والا لزم تحصيل الحاصل بل هو فك لعقدة آخر أثبتت بالرجعة كما ثبتت العقدة الأولى بالعقد ولهذا يجب عليها الاحتجاب بعد الطلاق ويحرم عليه مسها الا بنيّة الرجعة ثم الاستدلال بالآية مبني على ان المراد بالطلاق فيها لفظه ليكون تعدده في وقت واحد ضروريا وليس كذلك بل المراد معناه (ومعناه الذي هو فك العقدة لا يتعدد في وقت واحد ضرورة ايضاً قالوا في بعض[٢] روايات حديث ابن عمر المقدم في طلاقه امرأته في الحيض انه قال أرأيت يا رسول الله لو طلقتها ثلاثاً فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابنت امرأتك وعصيت ربك ، قلنا محمول على تثليث المعنى ولا تثليث الا بتخلل الرجعة ، قالوا أَمَرَه بأن يطلقها لكل طهر كما

---

(١) **قوله** : قالوا الطلاق مرتان ، أقول : جعل الشارح الآية دليلا للموقعين للثلاث وغيره جعلها دليلا للمانعين للوقوع والحجة لهذا القول قوله تعالى «الطلاق مرتان» أي الطلاق الذي لكم فيه الرجعة بشهادة السبب ثم سرد حديث السبب وهو ما اخرجه الترمذي وابن مردويه والحاكم وصححه والبيهقي في سننه من حديث عايشة رضي الله عنها في قصة انه كان يطلق الرجل امرأته ما شاء الله ان يطلقها وهي امرأته اذا ارتجعها وهي في العدة وان طلقها مائة مرة او اكثر حتى قال رجل لامرأته والله لا أطلقك فتبيني ولا آاويك ابداً قالت وكيف ذلك قال اطلقك فكلما همت عدتك ان تنقضي راجعتك فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأنزل الله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان هذا معناه قالوا ولو كان يصح ارساله مرة لناقض الخبر أي اخبار الله بكونه مرتين لانه لا يلحقه حينئذ رجعة وسيشير الشارح آخر البحث الى سببه ، وقال ابن القيم لا تعقل العرب في لغتها وقوع المرتين الا متعاقبتين وقال تعالى فشهادة احدهم أربع شهادات بالله فلو قال اشهد بالله اربع شهادات اني لمن الصادقين كانت مرة وكذلك المرأة لو قالت أشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين لما كانت الا مرة واحدة وأصرح من ذلك قوله تعالى سنعذبهم مرتين فهذا مرة بعد مرة .

(٢) **قوله** : في بعض روايات حديث ابن عمر ، أقول : قال ابن القيم هذه الزيادة فقلت يا رسول الله لو طلقتها ثلاثاً جاءت من روايةسعيد بن زريق وهو الشامي وبعضهم يقلبه ويقول زريق بن سعيد وكيفما كان فهو ضعيف ولو صح لم يكن فيه حجة لان قوله لو طلقتها ثلاثاً بمنزلة قوله لو اسلمت او اقررت ثلاثاً ونحوه مما لا يعقل جمعه ، واما قول الشارح محمول على تثليث المعنى فلا يخفى انه من ابعد الحمل ولا يوصف من طلق مع تخلل الرجعة بالعصيان الا ان يريد في تلك الحال أعني حال الحيض فلا يتم الا على تقرير وقوع البدعى وقد تقدم منع الشارح لوقوعه على انه لا يوافق هذا الحمل ما يأتي من المقاولة .

تقدم ، قلنا تقدم تحقيق ان المراد به استقبال التطليقة الواحدة لكل الأطهار لا ان المراد ان يطلقها في كل طهر وتقدم ان الرجعة لا تصح الا لمريد الاصلاح فلا تثبت لمريد الافساد ولأنه مغلق على نفسه باب التوسعة في الرجعة ومغلق على المرأة باب استقبال عدتها للتطليقتين الأخريين كما تقدم تحقيقه ولا طلاق[١] في اغلاق كما تقدم ويشهد له ما عند أبي داود من حديث ابن عباس ان عبد يزيد طلق امرأته ام ركانة في قصة فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم راجعها فقال اني طلقتها ثلاثاً قال قد علمت ارجعها وتلا قوله تعالى (يأيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) وعند مسلم وأبي داود والنسائي من حديث ابن عباس رضي الله عنه انه قال كان طلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأبي بكر وصدرا من خلافة عمر رضي الله عنه واحدة فقال عمر رضي الله عنه ان الناس قد استعجلوا في امر كان لهم فيه اناة فامضاه عليهم قالوا [٢] حديث ركانة بن عبد يزيد انه أتى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال اني طلقت امرأتي سهيمة البتة والله ما أردت الا واحدة فردها عليه الشافعي وأبو داود والترمذي وابن ماجة وصححه أبو داود وابن حبان والحاكم وهو ظاهر في انه لو أراد بها الثلاث لما ردها لتقريره له على اعتقاده ان ارادته الثلاث توجبه فلو لم يكن موجباً له لبينه لأنه شرع يجب تبليغه وفي رواية[٣] انه استحلفه ما أراد الا واحدة فكان دليلاً على ان إرادة الثلاث

---

(١) **قوله** : ولا طلاق في اغلاق ، أقول : تقدم تفسير الاغلاق بالاكراه والغضب وليس هنا واحد منهما ثم ان هذا التأويل رد لقوله صلى الله عليه وآله وسلم ابنت امرأتك ثم يقضي بانها لا تقع الثلاث الا اذا راجع لاراداته ادامة الزوجية وطلق كل تطليقه مستقبله لثلاثة قروء والا كان ذلك طلاق اغلاق لا يقع فلقد كان له مندوحة عن هذا فان في لفظ حديث ابن عمر رضي الله عنه في هذه الرواية انه قال يا رسول الله لو كنت طلقتها ثلاثاً كان لي ان اجمعها قال لا كانت تبين وتكون معصية فهو واضح في جمعها من غير تخلل الرجعة .

(٢) **قوله** : قالوا حديث ركانة . . . الخ ، أقول : هو بضم الرا المهملة صحابي وليس حديثه من محل النزاع لان النزاع في كون الطلاق يتبع الطلاق وحديثه في كون لفظ البتة يحتمل الثلاث والواحدة وكأنه يريد الشارح انه اذا احتمل الثلاث كان حجة لمن قال انه يتبع الطلاق لانها ثلاث بلفظ واحد الا انه لا يخفى انه صلى الله عليه وآله وسلم لم يسأله عما أراد وانما حلف نفسه انه ما اراد الا واحدة فمن اين الدليل انه لو أراد الثلاث بلفظ البتة كانت ثلاثاً الا ان يأتي في روايات أخرى فلحديثه الفاظ كثيرة وبهذا تعرف ما في قول الشارح فيما يأتي وهو ظاهر في انه لو اراد بها الثلاث لما ردها له فإنه لا ظهور في هذه الرواية كما عرفت .

(٣) **قوله** : وفي رواية انه استحلفه اي استحلف ركانة انه ما أراد بلفظ البتة الا واحدة ، أقول : هذه

= الرواية هي الظاهرة في انه لو أراد الثلاث بلفظ البتة لوقعت ولكن الحديث برمته قد ضعفوه وصرح البخاري باضطرابه وقد بين الشارح وجه اضطرابه ، واعلم انه بقي ادلة للموقعين أغفلها الشارح وأدلة للمانعين فمن ادلة الموقعين العمومات القرآنية فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فلم يفرق بين ايقاعها مجموعة او مفرقة ، وقال تعالى «وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن» ولم يفرق ومن السنة تطليق الملاعن ثلاثاً بين يديه صلى الله عليه وآله وسلم ولو كان محرماً وقد جمعها لأنكره عليه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ومنها ما روي ان رجلاً طلق امرأته الفا فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال اما ثلاث فله واما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وفي رواية بانت منه بثلاث وتسعمائة وسبع وتسعين إثماً في عنقه روى معناه عبد الرزاق ، وأجيب عن الاطلاقات في الآيات بأنها قد بينت بالآية النازلة على سبب مبين للمراد وهي الطلاق مرتان وبالسنة النبوية ، واما حديث الملاعن فتقدم ما فيه وفي المنار انه تكلم بكلام لا محل له فكأنه طلق اجنبية ولا يجب انكار مثل ذلك لظهور ما ينفي وهمه وحديث بانت بثلاث ان صح فالمراد اعلامه بان الذي تبين به ثلاث طلقات بصفتها من وقوعه بعد تخلل الرجعة لان ذلك هو المعروف من شرعية الطلاق واما الادلة على عدم تبعية الطلاق للطلاق من السنة فما أخرجه ابو داود عن ابن عباس رضي الله عنه قال اذا قال الرجل انت طالق ثلاثاً بفم واحد فهي واحدة وأخرج الحاكم وصححه عن ابن ابي مليكة ان ابا الجوزا اتى ابن عباس فقال اتعلم ان ثلاثاً كن يرددن على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الى واحدة قال نعم واخرج عبد الرزاق ومسلم وابو داود والنسائي والحاكم والبيهقي عن ابن عباس رضي الله عنه قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وابي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو امضيناه عليهم فامضاه عليهم وأخرج الشافعي وعبد الرزاق ومسلم وابو داود والنسائي والبيهقي عن طاووس ان ابا الصهبا قال لابن عباس أتعلم انما كانت الثلاث تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأبي بكر وشطراً من امارة عمر قال ابن عباس نعم قال في المنار بعد سياقه الادلة وقد كنت مستصعباً لهذه المسألة ومن سألني عنها حكيت له الاقوال من دون ان افتي ثم رجع عندي بعد ذلك هذا المذهب اعني امتناع وقوع ما زاد على واحدة حتى توسط الرجعة انتهى .

وأحتار ما قاله ابن القيم وحكاه عن شيخه ابن تيمية واطال في الاحتجاج وأطاب جزا الله الجميع خيراً أمين فقد ابانوا الحق وهي من مسائل الشقاق حتى انه اخبرني بعض فقهاء مكة من الذين يتمذهبون بمذهب الزيدية انه أفتى بعض الاشراف بهذه المسألة على مذهب الزيدية فقامت عليه القيامة من حكام مكة وزعموا انه خرق الاجماع لانهم يعدون ما خرج عن الاربعة المذاهب خارقاً للاجماع لجهلهم بحقيقة الاجماع والا فالخلاف فيها سلفاً وخلفاً قال ابن القيم ان وقوع واحدة رجعية بالثلاث قول ابن عباس ثابت عنه ذكره ابو داود قال وهذا مذهب ابن سحاق وقول طاووس وعكرمة وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية انتهى .

بلفظ يحتملها بوجب التثليث ، قلنا قال ابن عبد البر في التمهيد ضعفوا هذا الحديث وقال البخاري مضطرب .

قلت لأنه روى تارة[١] انه طلقها ثلاثاً وتارة واحدة وتارة البتة ورواه احمد عن ابن عباس على وجه آخر وهو ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال كيف طلقتها قال ثلاثاً قال في مجلس واحد قال نعم قال فإنما تلك واحدة فارتجعها ان شئت فارتجعها وذلك صريح في مذهبنا وقد تقدم في البدء مزيد تحقيق للمسألة وايضاً الطلاق مرتان وارد لمنعهم عن كثرة المراجعة التي كانوا يحبسون بها النساء ومرتان مطلق يتقيد بالعادة كما علم في الأصول والعادة في فعلهم انما هو الطلاق بعد المراجعة ، وسوى كان تعدده ﴿ **بلفظ** ﴾[٢] واحد نحو انت طالق ثلاثاً ﴿ **أو ألفاظ** ﴾ نحو أنت طالق أنت طالق أنت طالق وسواء كانت مدخولة أو غير مدخولة . وفرق[٣] البعض بينهما بأن غير المدخولة تبين بالأولى من التطليقات فتكون الثانية كطلاق الأجنبية

---

(١) **قوله** : لانه روى انه طلق ثلاثاً . . . الخ ، أقول : قال الخطابي يحتمل ان من روى ثلاثاً رواه على المعنى وذلك لان الناس اختلفوا في البتة فقال بعضهم هي ثلاث وقال بعضهم هي واحدة وكان الراوي له ممن يذهب مذهب الثلاث فحكى انه قال طلقها ثلاثاً يريد البتة التي حكمها عنده ثلاث والله أعلم وكان احمد بن حنبل يضعف طرق هذا الحديث كلها .

(٢) **قوله** : بلفظ واحد والفاظ ، أقول : هو اشارة الى ما قاله الخطابي عن ابي العباس بن سريح فانه قال يمكن ان يكون ما امضاه عمر رضي الله عنه نوعاً خاصاً من الطلاق الثلاث وهو ان يفرق بين اللفظ كان يقول انت طالق انت طالق انت طالق وكان في عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وعهد أبي بكر والناس على صدقهم وسلامتهم لم يكن ظهر فيهم الخبث والخداع فكانوا يصدقون انهم أرادوا به التأكيد ولا يريدون الثلاث فلما رأى عمر رضي الله عنه في زمانه أموراً ظهرت واحوالاً تغيرت منع من حمل اللفظ على التكرر والزمهم الثلاث انتهى فابن سريح يقول ما جعل عمر رضي الله عنه الثلاث الا هذه الصيغة وقال أيضاً يشبه ان يكون الذي جعله عمر ثلاثاً طلاق البتة وان كان في عصره صلى الله عليه وآله وسلم واحدة ثم لما تتابع الناس في ذلك في زمن عمر الزمهم اياها ثلاثاً قلت وعلى كل تقدير فهو اجتهاد من عمر رضي الله عنه لا يلزم الناس اتباعه ولا يقاوم النصوص النبوية .

(٣) **قوله** : وفرق البعض . . . الخ ، أقول في الهدي ان الفرق بين المدخول بها وغيرها وانه يقع الثلاث بالمدخول بها ويقع واحدة بغيرها قول جماعة من اصحاب ابن عباس وهو مذهب اسحاق بن راهوية يقول لا تقع عليها الثانية كأنه يريد والثالثة اذ لم يقل احد بوقوع اثنتين فقط وحجة هذه التفرقة حديث ابي الصهبا عند مسلم وابي داود وغيرهما انه قال لابن عباس رضي الله عنه اما علمت ان الرجل كان

بخلاف المدخولة فهي بحكم ثبوت الرجعة عليها كالزوجة فتقع عليها الثانية وذلك غفلة عن عدم تعدد فك العقدة الواحدة ﴿و﴾ منها انه ﴿ **لا تلحقه الاجازة** ﴾ [١] وانما لحقت عقد الخلع لأنه عقد معاوضة كالبيع بخلاف ما هو استهلاك محض فان الاجازة لا تلحق الاستهلاكات وهو ساقط لأن الاستهلاك في مسألتنا انما حصل بالاجازة لا بالطلاق فهو كالهبة الموقوفة على الاجازة ، ومنها انه لا يتبغض ﴿ **لكن يتمم كسره** ﴾ فإذا قال أنت طالق نصف طلقة وقعت كاملة وقال داود وربيعة يلغو لنا القياس [٢] على العتق قالوا ممنوع وان سلم فالعتق

= اذا طلق امرأته ثلاثاً قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وابي بكر وصدرا من امارة عمر قال ابن عباس بلى كان الرجل اذا طلق امرأته قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وابي بكر وصدرا من امارة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال اجيزوهن عليهم قال الخطابي هذا تأويل ثالث وهو ان ذلك انما جاء في طلاق غير المدخول بها الا انه قال في المنار يرد هذا التأويل ان ذكر قبل الدخول لا ينفي كونه بعد الدخول كذلك ثم الطلاق قبل الدخول من اندر النادر والتتابع فيه ابعد وابعد بل خلف من القول لا يسمع بوقوع ذلك وهو من التحيلات التي ركبت في الخلق فالتتابع فيه مثل المحال وظهوره الى ان يغضب عمر وغضبته أشد إحالة انتهى وأعلم ان الاقوال في تكرار الطلاق اربعة احدها وقوعه ثلاثاً الثاني يقع بها واحدة رجعية الثالث يفرق بين المدخول بها وغيرها الرابع لا يقع بها شيء لانها بدعة محرمة قال ابن القيم وهذا المذهب حكاه ابن حزم وحكي للامام احمد فانكره وقال هذا قول الرافضة قلت ومن قال ان تكرار الطلاق بدعة وان البدعي لا يقع فلا عذر له عن هذا المذهب وكان على الشارح ذكره ونصره لانه قايل بعدم وقوع البدعي الا ان هنا دقيقة في كونه بدعياً وهو انه اذا قال انت طالق وقع عليها ثم يقول ثلاثاً او انت طالق انت طالق وقد صارت غير محل للطلاق فيلغو وحينئذ فالبدعة جاءت من الالفاظ الأخرى دون الاول ولهذا غضب صلى الله عليه وآله وسلم وتغيظ وقال ايلعب بكتاب الله وانا بين اظهركم لانه اطلق الفاظاً في غير محلها كاللاعب .

(١) أي لا يلحق الطلاق الواقع من الفضولي .

(٢) قوله : لنا القياس على العتق ، أقول : لم يستدل المصنف بهذا بل قال في الغيث انه مروي عن ابن عباس قال في الشفا ولم يروعن احد من الصحابة خلافة وهو قول عامة الفقها والحجة ما قال في الشفا انه اجماع أهل البيت قال وان الطلاق مما لا يتبعض وذكر بعضه يستلزم حصول كله انتهى . والشارح عدل عن دليلهم الى القياس ولم يذكر الجامع ، ثم قال انه ممنوع وان سلم عدم المنع أي بل سلم ثبوت القياس فالفارق بين الاصل والفرع بان الاصل قربة والفرع مكروه يمنع صحة القياس ولانه يمنعه ايضاً لانه قياس في الاسباب فقوى بابطاله مذهب داود وربيعة انه يلغو ولا ريب انه الاقرب وقولهم لا يتبعض الطلاق ، قلنا فلا يقع .

قربه علم تشوق الشارع لوقوعها بخلاف الطلاق فالأصل فيه الكراهة أو لأنه قياس في الأسباب ولا جامع فيها اذ سببية الشيء معللة بذاته كما حققناه في الأصول ولا اجتماع في الذات ﴿و﴾ كذا الخلاف في انه ﴿ **يسري** ﴾ طلاق جزء معين ـ كيدك طالق أو ربعك طالق ـ الى بقية الأجزاء ﴿و﴾ منها انه ﴿ **ينسحب حكمه** ﴾ قالوا كما لو طلق زوجته طلاق بدعة ثم تغير اجتهاده واجتهاد واحدة الى انه لا يقع البدعي في حقها فإنه ينسحب بطلانه على التي لم يتغير اجتهادها وهذا تهافت من وجهين احدهما ان المنسحب[١] انما هو حكم الرجوع لا حكم الطلاق وثانيهما ان التي لم ترجع عن اجتهادها لا يلزمها اجتهاده الا بحكم حاكم وذلك ليس من الانسحاب بل من وجوب امتثال الحكم ﴿و﴾ منها انه ﴿ **يدخله التشريك** ﴾ نحو ان يطلق واحدة ثم يقول لثانية وانت معها لكن[٢] هذا من الكناية وقد تقدم تصحيحها فلا وجه لاعادته ﴿و﴾ منها انه يدخله ﴿ **التخيير** ﴾ نحو أن يقول فلانة أو فلانة طالق وهذا ما تقدم من ايقاعه على غير معين كاحداكن وقوله ﴿ **غالباً** ﴾ احترازعما لو قال انت[٣] طالق أولاً قالوا فلا يقع إذ الأصل عدم وقوع الطلاق وفيه نظر لأنه ان كان تخييراً لها وقع ما اختارته كما في اختاريني أو نفسك كما تقدم وان لم يكن تخيير لها بل انشاء للطلاق أو لعدمه وقع الطلاق لتعلق الحكم بكل من المخيرات كما علم من مذهبه في الأصول وانما يتمشى على القول بتعلقه ببعض مبهم فيكون كما علق في الذمة اما اذا كان خبراً بأنها على أحد الأمرين فظاهر لأنها حال الأخبار على حالة عدم الطلاق فلا يقع طلاق كما ذكروه ﴿ و ﴾ منها انه ﴿ **يتبعه الفسخ** ﴾ (*) بأي أسبابه لتكون فائدته منع الرجعة عليها الا باختيارها ﴿ **لا** ﴾ انه يصح ﴿ **العكس** ﴾ وهو انه تتقدم الفسخ

---

(١) **قوله** : لان المنسحب انما هو حكم الرجوع أي رجوع المطلقة التي لم يتغير اجتهادها الى عقدته ولكنها انما ترجع بالحكم فلا انسحاب وهذا كلام قويم .

(٢) **قوله** : لكن هذا من الكناية ، أقول : لانه يحتمل المعيّة في انواع وصفات كثيرة وكذلك اذا قال مثلها ونحوه .

(٣) **قوله** : انت طالق اولا اقول أي ولست بطالق ولا خفا في انه استفهام للمرأة عن احد الأمرين فيعتبر في الوقوع وعدمه جوابها ، وأما قوله بل أنشأ للطلاق هذا الاحتمال بعيد وأي معنى لانشاء عدمه وهو معدوم فما معنى تعلق الحكم بالعدم فالحق انه لا يقع طلاق كما ذكروه .

(١ *) نحو ان يطلقها ثم يرميها بالزنى فيلاعنها في العدة فيفسخها الحاكم .

ثم يتبعه الطلاق لأنها حينئذ أجنبية ﴿و﴾ منها انه ﴿ **يقع** [١] **المعقود على** * **غرض** ﴾ (عوض كذا نسخه الشرح) غرضاً كان أو غيره ﴿ **بالقبول** ﴾ الصادر منها ﴿ **أو ما في حكمه** ﴾ من طلبها كما تقدم في الخلع ، وأما المشروط فلا يحتاج الى قبوله وانما يتوقف على حصول الشرط فقط ، ولا بد من وقوع القبول ، او ما في حكمه ﴿ **في المجلس قبل الاعراض** ﴾ لكن لا يخفى ان هذه الأحكام غير منحصرة في الطلاق ولا احكام الطلاق منحصرة فيها وان أكثرها قد تقدم فكان الأولى احالتها على القواعد الأصولية ﴿ **ولا ينهدم** [٢] ﴾ من الطلاق شيء ﴿ **الا** ﴾ اذا اكملت ﴿ **ثلاثة** ﴾ ثم عادت الى نكاحه بعد نكاح زوج غيره فانها تكون معها على ثلاث تطليقات أخر ولا اعتداد بالثلاث الواقعات في النكاح الأول وقال ابن عباس وابن عمر والنخعي وأبو حنيفة وأبو يوسف نكاحها غيره يهدم [٣] أقل من الثلاث بالأولى وأجاب المصنف بأن الهدم مخالفة للقياس فيقرر من حيث ورد ولا يصح القياس اذ لا يؤمن كون التثليث جزءاً من العلة وهو كما ترى من السقوط اما أولاً فلأن الثلاث موجبة عن

---

(١) **قوله** : يقع المعقود على عرض ، أقول : صحف الشارح قول المصنف غرض بالغين المعجمة والرا الى عوض بالمهملة والواو ثم تفرع على التصحيف قوله غرضاً كان او غيره اذ لا يريدون هنا الا الغرض وغيره قد تقدم حكمه وعبارة الاثمار كعبارة الازهار في ذكر الغرض .

(٢) معنى الانهدام ان يكون في حكم المعدوم .

(٣) **قوله** : ينهدم أقل من الثلاث ، أقول : هذا الحق وقد اختاره الامام عز الدين بن الحسن في فتاويه قايلا بان انهدام الاقل من الثلاث من قياس الاولى وأنه من أقوى أقيسه المسايل الفروعية الظنية ويحقق ذلك ان نقول اذا كان عقد الزوج الثاني ووطؤه قد أبطل حكم التطليقات الثلاث وهدمهن وصير وجودهن كالعدم مع أنهن أكمل الطلاق وأغلظه وأكرهه والمحتص باقتضا التحريم وفرقه الابد ومنعه الرجعة فبالاولى والاحرى ان يثبت لما هو أقل عدد أو أخف حكماً وانقص كراهة وما لا يقضي تأبيد الفرقة وتحريم الرجعة وتتبع المسايل الفقهية والابواب الفروعية هل تجد أمراً يزيل الا غلظ ولا يزيل الاخف ويرفع حكم الاقوى ولا يرفع حكم الاضعف فانك لا تجده ثم اذا قد هدم الثلاث بمجموعها فقد هدم كل واحدة على انفرادها فيهدم كل اثنتين من الثلاث ولا شك في استواء قدريهما الاولى والثانية أو الثانية والثالثة فاذا هدم الواحدة حال انضمامها الى اثنتين والاثنتين حال انضمامهما الى الواحدة فلا جرم وجب ان يثبت هذا الحكم حال انفراد الواحدة وحال انفراد الاثنتين اذ عدم الانضمام لا يصلح مانعاً عن ثبوت هذا الحكم ولا يعلم وجهاً يقضي بكونه مانعاً وكون الانضمام شرطاً .

(*) نحو انت طالق على ان تدخلي الدار .

العقد فالقياس ان تجب للعقد الثاني ثلاث فدعوى مخالفته القياس كلام[١] من لا يعرف القياس ولولا انه اشترط في الهدم نكاح زوج غيره لكان الظاهر ان حصول عقد آخر على من انقضت عدتها في الرجعي يوجب استحقاق الثلاث ثم المنهدم ليس هو الطلاق وانما المنهدم مفهوم العدد في الآية الكريمة المعتبر في جانب الزيادة مفهوم الغاية فكأنه يقول لا يزيد الطلاق على ثلاث الا مع تخلل زوج آخر وذلك شامل للمثلثة وغيرها واما ثانياً فلأن حاصل اسناده نفي صحة القياس بأنه لا يؤمن كون التثليث جزءاً من العلة انكار القياس الجلي ولا منكر له اذالا[٢] مكان المذكور موجود في كل قياس لكنه لا يمنع ظهور المشاركة التي هي مناط جواز الحكم في

(١) **قوله** : كلام من لا يعرف القياس ، أقول : لم يرد المصنف بالقياس الحاق فرع بأصل الخ وهو القياس التمثيلي المعروف في أصول الفقه بل أراد به المخالف لاصول الشريعة كما يقولون القسامة مخالفة للقياس ولفظه في البحر الهدم مخالف للقياس يقرر حيث ورد اذ لم يهدم بقوته بل توقيف انتهى فهذا منه دفع لقول من قال بهدم ما دون الثلاث اذ الذي قوى على هذه الثلاث يقوى على هدم ما دونها ثم قال المصنف ولا يصح القياس أي قياسكم ايها المخالفون لدون الثلاث عليها قياس الاولوية قال اذ لا يؤمن كون التثليث جزءاً من العلة فقال الشارح ان الثلاث موجبة أي بفتح الجيم أوجبها للزوج عقده بالمرأة اذ بعقد النكاح صار مالكاً لثلاث تطليقات وقوله القياس ان يجب للعقد الثاني أي عقد المطلق الاول ثلاث أي فاذا لم نقل بانهدام ما دون الثلاث من طلاقه الاول لزم ان يثبت له خمس تطليقات الاثنتان الاوليان والثلاث الموجبة عن العقد ولا قايل بهذا كأن هذا مراد الشارح والا فعبارته غير واضحة (١ . ح) فيه ثم لا يخفي انه محل النزاع فعند من لم يقل بهدم الاثنتين لا يوجب عنده العقد الثاني الا واحدة هي الباقية له هذا وعبارة المصنف في الغيث في الاستدلال على انه لا يهدم الا الثلاث قال لنا ان الزوج انما هدم التحريم لانه المجاور. والثلاث متقدمة والتحريم لا يحصل الا بثلاث فلم ينهدم به الا الثلاث قالوا اذا هدم الثلاث فالواحدة اولى قلنا لم يهدم الثلاث وانما هدم التحريم وهو لا يحصل الا بالثلاث انتهى ، قلت فعلى هذا كان الاولى ان يقول في الازهار وينهدم التحريم بفراق زوج بعدوطءثم قوله المنهدم التحريم يناسب قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد الآية لانه نفى الحل بعد الثالثة فان طلقها من نحكته حلت للاول الذي حرمت عليه وهذا اظهر من قول الشارح ان المهدوم مفهوم العدد فلقد تكلف في حمل الآية على ما ذهب اليه فتدبر .

(٢) **قوله** : اذا لا مكان المذكور أي امكان ان يكون شيء جزءاً للعلة التي ينبني على وجودها في الفرع صحة قياسه على الاصل ممكن في كل قياس فيؤدي الى انه لا يتم لنا قياس وأجاب الشارح عنه بأن هذا لا يمنع ظهور مشاركة الفرع للاصل في العلة اذ هو تجويز لا يقدح في صحة القياس وهذا جواب حسن .

(١ . ح) يتأمل في هذا فكلام الشارح صحيح .

الفرع كما علم في مظانه ﴿ **ولا** ﴾ ينهدم ﴿ **شرطه** ﴾ أي شرط الطلاق الذي ليس للفور ﴿ **الا معها** ﴾ أي مع حصول الثلاث فاذا قال متى دخلت الدار فأنت طالق فان هذا الشرط لا ينهدم ولا يبطل الا اذا كملت عليها ثلاث تطليقات قبل حصول الشرط فاذا كملت عليها الثلاث ﴿ **فينهدم** ﴾ الشرط حينئذ لأنه صار طلاقاً متعلقاً بأجنبية وقد عرفت عدم تعلقه بالأجنبية ﴿**ولو**﴾ شرط ﴿**بكلما**﴾ الا ان[1] **بطلان المقتضى الصحيح عند عروض** المانع لا يستلزم بطلانه عند ارتفاع المانع ﴿**و**﴾ الثلاث والشرط كلاهما ﴿ **لا ينهدمان الا بنكاح** ﴾ اي عقد من غير المثلث والشارط على المثلثة والمشروط طلاقها ﴿ **صحيح** ﴾ ايضاً لا باطل اتفاقاً ولا فاسد بناء على ان لفظ تنكح في قوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره مراد به العقد لا الوطء وانه انما يشمل الصحيح وعليه[2] اشكال حققناه في الأصول وتقدمت اشارة الى شيء منه عند قوله وهو كالصحيح الا في الاحلال ، ولا بد من كون ذلك العقد ﴿ **مع الوطء** ﴾ [*] منه للمثلثة والمشروط طلاقها وقال ابن المسيب يكفي العقد لنا حديث عائشة رضي الله عنها المتفق عليه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لامرأة **رفاعة** القرظي وقد بت طلاقها فنكحت غيره فلم تجده كرفاعة اتريدين رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته، يعني زوجها الآخر **ويذوق** عسيلتك ، قلت ولا يلزم من اعتبار الوطء حمل النكاح على حقيقته ومجازه او حمل المشترك على جميع معانيه بل اريد من [3] النكاح الوطء فقط والعقد دل عليه زوجاً في الآية الا ان لفظ الزوج لا يستلزم وجوب صحة العقد ، ولا بد من كون ذلك الوطء ﴿ **في قبل** ﴾ لأنَّ

---

(١) **قوله** : الا ان بطلان المقتضى . . . الخ ، أقول : **المقتضى هو كلمة كلما فانها تقتضي التكرار وقوله** عند عروض المانع وهو التثليث لا يلزم منه بطلان المقتضى عند ارتفاع المانع وهو التثليث وارتفاع المانع يكون بانهدام التثليث وهو بتزوجه بها بعد زوج فان المقتضي وهو تكرر الشرط المستفاد من كلمة كلما لا يبطله ارتفاع المانع وهو التثليث بل التكرار باق فان دخلت الدار طلقت .

(٢) **قوله** : وعليه اشكال ، أقول : قد قدم ما أشار اليه من ان ذلك يستلزم عدم الواسطة بين الصحيح والباطل ويستلزم كون النهي يقتضي الصحة وقد قدمنا تحقيق ذلك في الكلام معه في شرح قول المصنف فان جمعها عقد .

(٣) **قوله** : بل أريد من النكاح ، أقول : يعني في الآية ولك ان تقول أريد به فيها العقد وعرف شرطية الوط من السنة من حديث العسيلة فلا يحتاج الى ما ذكره .

(*) ويقبل قولها ان قد وطئت اذ لا يعرف الا من جهتها .

تنكح مطلق والمطلق يتقيد بالعادة ﴿ **ولو** ﴾ كان الوطء ﴿ **من صغير مثله يطأ** ﴾[١] بناء على ان العُسيلة تحصل بمجرد الايلاج وان لم يكن إنزالاً كما يدل عليه ويذوق عسيلتك اذا الرجل لا يذوق لذة انزال المرأة ﴿ **أو مجبوب غير مستأصل** ﴾ بقيت له عسيلة، واما عند من اكتفى بالعقد فمطلقاً ﴿ **أو** ﴾ وقع الوطء في حال ﴿ **الدمين** ﴾ الحيض والنفاس فإنه يكفي في التحليل وان كان حراماً ﴿ **أو** ﴾ كان الزوج الذي وقع به التحليل ﴿ **مضمر التحليل** ﴾ ولو بالمواطاة على الطلاق، واما بشرط فلا يقتضي التحليل[٢]، وقال الشافعي اضمار التحليل لا يقتضيه، وقال المؤيد بالله والحنفية يلغو الشرط[*] لأنه خلاف موجب العقد كما تقدم احتج الشافعي بحديث لعن الله المحلل والمحلل له صححه الايمة كابن القطان وابن دقيق العيد من حديث ابن مسعود وحسنه البخاري من حديث ابي هريرة وصححه ابن السكن من حديث علي وان اعله الترمذي بمجالد وله طرق عديدة لها علل من حديث غير المذكورين قلنا نهى المحلل ولعنه لا يفسد التحليل لأن[٣] الفساد من عوارض الصحيح فما لا يوصف بالصحة لا يوصف بالفساد والتحليل لا يوصف بصحة ولا فساد لأن الصحة فرع الأمر به من حيث هو تحليل ولا أمر به من هذه الحيثية فلا فساد اذا لفساد عبارة عن عدم موافقة الأمر قالوا فيصح وان شرط الطلاق ولا تقولون به، قلنا انما فسدت لتوقيت النكاح كالمتعة قالوا التوقيت هو تعيين المدة التي تنقضي المتعة بانقضائها بلا طلاق ولا كذلك ما نحن فيه، وانما هو من شرط خلاف موجب النكاح كما هو رأي المؤيدَ والحنفية ﴿ **و** ﴾ كما ينحل الشرط بالثلاث الطلقات وهو معنى انهدامه ﴿ **ينحل الشرط** ﴾ أيضاً اذا كان ﴿ **بغير كلما** ﴾ اتفاقاً قال ﴿ **قال المؤيد بالله** ﴾ ومثل كلما ﴿ **متى** ﴾ فاذا كان بغيرهما انحل وانهدم ﴿ **بوقوعه مرة** ﴾ على ما تقدم من كون غير كلما ومتى لا يقتضي التكرار وفيه ما عرفناك سابقاً وينحل بوقوعه مرة ﴿ **ولو** ﴾ وقع الشرط في حال كونها ﴿ **مطلقة** ﴾ فمن قال الطلاق يتبع الطلاق وقعت طلقة ومن منعه لم يحكم الا بانحلال الشرط لا بوقوع الطلاق .

---

(١) كالمراهق .

(٢) أي أن شرط التحليس على نفسه .

(٣) **قوله** : لان الفساد من عوارض الصحيح ، أقول : هكذا يتلون الشارح تارة يقول النهي للصحة وتارة انه يقتضي الفساد من دون ملاحظة لما هو للوصف او للذات بل تشهياً وهنا جاء بالطامة الكبرى وهو انه لا شيء بل عارض للفظ وهو كلام تغني معرفته عن بطلانه وقدمنا البحث في نكاح التحليل .

(*) أي أنها تحل وتجوز ذلك وهو بالخيار ان شاء طلق وان شاء أمسك . وأما اذا قال المحلل اذا احللتها فلا نكاح فهو كالمتعة سوا .



بـــاب العـــدة[1]

(١) **باب العدة** ، أقول : في المصباح عدة المرأة قبل أيام إقرائها مأخوذ من العد والحساب وقيل تربص المدة الواجبة عليها والجمع عدد مثل سدره وسدر وقوله فطلقوهن لعدتهن قال النحاة اللام بمعنى في أي في عدتهن انتهى .

﴿ هي اما عن طلاق فلا تجب الا بعد دخول ﴾ لقوله تعالى في غير الممسوسات فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ، واما قوله ﴿أو﴾ بعد ﴿ خلوة بلا مانع(*) عقلي ﴾ فلما تقدم من كون حكم الخلوة الصحيحة حكم الوطء وقد تقدم تحقيقه فلا نكرره الا انهم قالوا اذا علمت المرأة انه لم يتصل ماؤه بفرجها لم تجب عليها احكام العدة فيما بينها وبين الله تعالى . قلت بناء على ان العدة استبراء لا انتظار[١] للرجعة ولا تعبُّد وفيه نظر لأن الاستبراء يحصل بحيضة كالأمة ثم يستلزم ان لا يصح قوله ﴿ ولو من صغير مثله يطأ ﴾(*) بل الصواب[٢] ولو من صغير مثله يمني ثم المعتدات ثلاث حامل وحايض وصغيرة ليست بأهل للحمل ولا للحيض ﴿ فالحامل ﴾ عدتها تنقضي ﴿ بوضع الحمل ﴾ الكاين من المطلق لا لو تزوجها فانكشفت حاملاً فطلقها فان عدتها منه بالحيض بعد كمال نفاسها ولا بد من وضع الحمل ﴿ جميعه ﴾ اما لأن اضافة الحمل في قوله تعالى « حتى يضعن حملهن » عهديه أي ذلك الذي في بطونهن كما هو أصل الاضافة أو ان اضافة اسم الجنس للعموم كما هو مذهب الأكثر ، واما اشتراط ان يكون الحمل ﴿ متخلقاً ﴾ فمبني على ان غير المتخلق كالمضغة والعلقة لا ينطلق عليه اسم الحمل وهو[٣] انكار لقوله تعالى فلما تغشاها حملت حملاً خفيفاً فمرت به ﴿ والحايض ﴾ الرجعية تنقضي عدتها ﴿ بثلاث ﴾ حيض من الطلاق ، [٤] وعن علي عليه السلام وهو قول ابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة والباقر والصادق والأمامية والزهري

---

(١) **قوله** : لا انتظار للرجعة ولا تعبد أقول الظاهر انها شرعت لحكم عديدة انتظار الرجعة واستبرأ الرحم ورعاية حق الزوج الاول وصيانة النساء عن الابتذال بسرعة التنقل تحت الرجال .

(٢) **قوله** : بل الصواب . . . الخ ، أقول : لا يخفى ان كلامه في العدة الواجبة ظاهراً المعتبرة احكامها من الانفاق ونحوه لا فيما بين المرأة وبينه تعالى فليس التدوين له فهي عندهم منوطة بالمظنة وهي كون مثله يطا .

(٣) **قوله** : وهو انكار لقوله تعالى . . . الخ ، أقول : قال ابن القيم دلت الآية على ان العدة تنقضي بوضعه على أي صفة حياً كان أو ميتاً تام الخلقة أم ناقصها نفخ فيه الروح أم لا .

(٤) **قوله** : وعن علي عليه السلام ، أقول : في الهدي عنه وعن الثلاثة الخلفاء ان الاقراء الحيض فكان هذه رواية عنه .

(*) من طفولة أو مرض أو نحوهما مما لا يتعذر معه الوطء كالرتق والجب من الاصل لا الجذام والبرص والجنون ونحو ذلك .

(*) كالمراهق .

وربيعة ومالك والشافعي وفقها المدنية بثلاثة اطهار ولم ينقل[١] عن أحد حمل المشترك هنا على معنييه والقول بأنه حقيقة في احدهما بعينه مجاز في الآخر مجرد[٢] دعوى لنا ان القرء بالفتح في الأصل مصدر بمعنى الجمع فنقل الى المجتمع فضم[٣] دلالة على النقل والمجتمع انما هو الحيض ، قالوا بل كل من أيام الحيض وأيام الطهر مجتمع وانتصاب ثلاثة على الظرفية ونفس الدم ليس ظرفاً فالمراد زمان اجتماعه وهو الطهر لا زمان انحلال اجتماعه وهو زمان الحيض ، واما

(١) **قوله** : ولم ينقل عن احد حمل المشترك ، أقول : يعني انه ما روى عن احد ان الثلاث القروء هي الحيض والاطهار قيل لانه لا يجوز حمله على معنييه لا على قول من اجاز ذلك ولا على من لا يجيز حمل المشترك على معنييه اما الثاني فظاهر ، وأما الاول فانما يجيزه من اجازة اذا دل دليل على أرادتهما معاً قلت اما هنا فلا يصح اتفاقاً لانه يشترط المجيز عدم تنافي معنييه وهما هنا متناقضان .

(٢) **قوله** : مجرد دعوى ، أقول : دليلها ما تقرر من ان القرء في الحيض أظهر منه في الطهر فان أئمة اللغة يذكرون تفسيره بالحيض اولا تفسيراً للفظه ثم يردفونه بقولهم وقيل أو وقال فلان أو يقال على الطهر او هو ايضاً للطهر فيجعلون تفسيره بالحيض كالمستقر المعلوم المتيقن وعباراتهم معروفة وقد نقل ابن القيم من كلامهم شطراً صالحاً فلو ادعي المجازية لاطلاقه على الطهر لراجت الدعوى سيما بعد ما تقرر من القاعدة الاصولية ان المجاز اولى من الاشتراك بل التحقيق ان الاشتراك لا يتصور وجوده كما بين في محله وبيناه في ذيل الابحاث المسددة .

(٣) **قوله** : فضم دلالة على النقل ، أقول : أفهم انه عند الفتح لا يطلق على الحيض وفي القاموس القرء بالضم الحيض والطهر فلا وجه لقوله انه نقل وضم ثم لو سلم انه نقل لما تعين نقله عما ذكره فانه قد جاء للجنس ولمعان آخر فتعيين نقل اللفظ عن واحد لا بد له من دليل مع ان في العبارة قصوراً والاولى ان يقول انه مشتق من الجمع لكنه قد حقق ابن القيم ان القول باشتقاقه من الجمع غير صحيح قال اذ المشتق من الجمع انما هو ـ من ـ المعتل من قرى يقري كعصى يعصي والقرء هنا من المهموز من قرأ يقرأ كنحر ينحروهما اصلان مختلفان تقول قرأت الماء في الحوض أقريه أي جمعته قال ، وأما المهموز فانه من الخروج والظهور على وجه التوقيت والتحديد والحيض ظهور ما كان كامناً ولا ريب ان هذا المعني في الحيض اظهر منه في الطهر قلت نفيه مجيء المهموز بمعنى الجمع وحصره له في المعتل غير صحيح فان في القاموس في باب الهمزة قرأت الناقة حملت والشيء جمعه وضمه انتهى . فقد ثبت من المهموز بمعنى جمع وثبت ايضاً معتلاً بمعنى جمع وحينئذ فلا وجه لحمله على احدهما الا بدليل والا كان تحكماً فكلام ابن القيم مع كونه غير قيم تحكم ايضاً ككلام الشارح والحق ان الاشتقاقين قد تجاذبا هذه اللفظة فلا يقضي باحدهما دون الآخر الا بدليل يعينه وفي غيره من الادلة مندوحة وقوله فالمراد زمان اجتماعه هذا تفرع عن الاشتقاق والمخالف يقول المراد زمان ظهوره وخروجه والكل دعوى تفرعت عن الاشتقاق الذي لم يتم مرجح احد نوعيه .

قول المصنف ان المراد زمان كمال اجتماعه وهو وقت خروجه فظاهر السقوط لاستلزامه انقضاء عدتها بأول خروج دم الحيضة الثالثة قلنا أصل شرع العدة لتيقن براءة الرحم وانما يدل عليها خروج الدم لا الطهر ولهذا جعل الاستبراء به لا بالطهر قالوا بل اصل شرعها لانتظار الرجعة واحترام حق الزوج كالأجداد واعتبار[1] الاطهار اجدر بذلك وإلا كفت حيضه كالاستبراء ، قلنا غلب استعمال الشارع القرء في الحيض كدعي الصلاة ايام اقرائك قالوا[2] الغلبة ممنوعة ،

---

(١) قوله : واعتبار الاطهار اجدر ، أقول : يقال انتظار الرجعة واحترام حق الزوج مشترك بين أزمنة الظهر والحيض فلو عللنا بهذا لكان علة لكون الاقراء الحيض والاطهار الذي يقدم للشارح انه لم يقله احد وما وجه اجدرية زمن الاطهار بذلك ولعله توهم انه لا حق للزوج في أيام الحيض وهو فاحش فان حقه في الاستمتاع وغيره باق ،واما حرمة الوطء فلما نع شرعي ولو كانت في عقدته .

(٢) قوله : قالوا الغلبة ممنوعة ، أقول : قال ابن القيم ان لفظ القرء لم يستعمل في كلام الشارع الا للحيض ولم يجى عنه في موضع واحد استعماله للطهر فحمله في الآية على المعهود المعروف من خطاب الشارع اولى بل متعين فانه قد قال صلى الله عليه وآله وسلم للمستحاضة دعي الصلاة ايام اقراءك وهو صلى الله عليه وآله وسلم المعبر عن الله وبلغة قومه نزل القرآن فاذا ورد المشترك في كلامه على أحد معنيه وجب حمله في ساير كلامه عليه اذا لم تثبت ارادة الآخر في شيء من كلامه البتة ويصير هو لغة القرآن التي خوطبنا بها وان كان له معنى آخر في كلام غيره فاذا ثبت استعمال الشارع للقرء في الحيض علم ان هذا لغته فيتعين حمله عليها في كلامه ويوضح ذلك ما في سياق الآية من قوله تعالى «ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن» وهذا هو الحيض والحمل عند عامة المفسرين وعليه المخلوق في الرحم انما هو الحيض الوجودي ولهذا قال السلف والخلف هو الحيض والحمل ولم يقل احد انه الطهر وايضاً فقد قال سبحانه واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن فجعل كل شهر بازآ حيضة وعلق الحكم بعدم الحيض لا بعدم الطهر والحيض وأيضاً فحديث عايشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وآله وسلم طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان رواه ابو داود وابن ماجة والترمذي وفيه كلام وايضاً حديث أمرأة ثابت بن قيس بن شماس لما اختلعت من زوجها أمرها صلى الله عليه وآل وسلم ان تربص حيضة رواه النسائي وغيره وأيضاً الاستبرا هو عدة الأمة وقد ثبت من حديث ابي سعيد رضي الله عنه في سبايا أو طاس وفيه ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة والمقصود الاصلي من العدة انما هو استبرآ الرحم وان كان لها فوايد آخر ولشرف الحرة المنكوحة وخطرها جعل العلم الدال على براءة رحمها ثلاثة أقرأ هذا زبدة من ادلته على المسألة وقد شمّر ساق التحقيق في إبانة الحق في هذا المضيق وأطال وأطاب فليراجعه من كان من اولى الالباب وقوله في الآية المذكورة هو سبق قلم وانما هو في الحديث .

واما فهم الحيض من (الحديث المذكور) فلأنه مناف لاشتراط الطهارة في الصلاة فكانت منافاته لها قرينة على ارادته في النهي قلنا فطلقوهن لعدتهن واللام للاستقبال[١] ، قالوا بل للتوقيت[٢] كلدلوك الشمس كقراءة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وابن عباس وزيد فطلقوهن لقبل عدتهن ولا شك في ان العدة لو كانت بالحيض لما كان التطليق اول الطهر تذليقاً اول العدة أي عندها ولا بد ان تكون الثلاث الحيض ﴿ **غير ما** ﴾ أي غير الحيضة التي ﴿ **طلقت فيها** ﴾ بناء على ان اللام في لعدتهن للاستقبال كاستلام للحرب وقد عرفناك انها توقيتية كدلوك الشمس فاذا طلقها أول رؤ ية الدم فقد [٣] طلقها في قبل عدتها لكن ذلك

---

(١) **قوله** : واللام للاستقبال ، أقول : وقد أعلم ان لا طلاق مأذون فيه شرعاً الا حال الطهر فما يستقبل الا الحيض .

(٢) **قوله** : للتوقيت ، أقول : لام التوقيت بمعنى في نحو ونضع الموازين القسط ليوم القيمة أي في يوم القيمة وفي وقت الدلوك أقم الصلاة لدلوك الشمس والشارح جعلها بمعنى عند والحرف لا يأتي بمعنى (١ . ح) الاسم ولا يخفى ان الاصل في الحرف ان لا يخرج الى معنى حرف آخر وأنه اذا قيل افعل هذا الثلاث من الشهر كان المأمور ممتثلاً اذا فعله قبل اتيان الشهر بثلاث واذا قيل افعله في ثلاث كان ممتثلاً اذا فعله فيها فاللام ظاهرة في ارادة الاستقبال كما دل له قراءة فطلقوهن في قبل عدتهن فان قيل العدة هو الوقت الذي يكون بينه وبين العدة يستقبل به كقبل الحيض ولو أريد ما قاله الشارح وغيره لقيل في أول عدتهن أي كما قال الشارح عندها .

(٣) **قوله** : فقد طلقها في قبل عدتها ، أقول : لا يخفاك ان هذا تفسير للام التوقيت كما اسلفناه لا كما سلف له انها بمعنى عند فهو يناقض ما قدمه ثم انه يلزمه اذا كانت الاقراء الاطهار وطلق في الطهر إن تكون العدة قراءين ونصف الثالثة فتكون الثلاثة في الآية مجازاً وهو بعيد لنصيته اسم العدد في مسماه ولا يقال انها قد تطلق العرب اسم الجمع على اثنين وبعض الثالث نحو الحج أشهر معلومات فان الاكثر على انه ليس منها كل الثالث لانا نقول يقع في اسماء الجموع لانها ظواهر فيه لا في الاعداد الذي هو نص في مسمياتها ولان سلم انه يصح ذلك فهو مجاز والحقيقة مقدمة ثم يلزم تسميته اللحظة الواحدة من الطهر قرأ وهذا لا يعرف في لغة العرب ولا كلام الشارع وبه تعرف سقوط قول الشارح اذا طلقها أول الطهر فقد استقبلته قطعاً فانه لم يشترط القائل بان لا قراء الاطهار وقوع الطلاق أول الطهر ولو اشترط لكان قد مضى منه وقت الايقاع فلا استقبال لكله كما قاله على كل حال بخلاف القايل بأنها الحيض فلا يرد عليه ما ذكر وقوله وعليه دل ان أراد على ان ايقاع الطلاق في زمن الطهر فنعم وان أراد على ان الاقراء الاطهار فلا دلالة بل هو دليل على خلافه .

(١ . ح) الشارح رحمه الله فسر المعنى لا انه جعل الحرف بمعنى الاسم فتأمل .

ينافي [١] حديث ابن عمر في الطلاق في الحيض وبه احتج من ذهب الى ان الاقراء هي **الإطهار** فانه اذا طلقها أول الطهر فقد استقبلته قطعاً وعليه دل قوله صلى الله عليه وآله وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنه فاذا طهرت فليطلقها ان شاء ﴿**أو وقعت**﴾ الحيضة وقد صارت ﴿**تحت زوج**﴾ نكحها في العدة ﴿**جهلاً**﴾ منه لتحريم نكاح المعتدة فان تلك الحيضة لا تحسب من عدة طلاقها (*) وقيد نكاح المعتدة بجهل الناكح لأنه لو كان علماً لم يكن نكاحه مفسداً للحيضة كما لا يفسدها الزنا ﴿**فان انقطع**﴾ حيض من عدتها بالحيض فاما ان يكون انقطاعه لعارض معتاد لقطعه كالرضاع أو لغير عارض معتاد ان كان انقطاعه لعارض معتاد ﴿ **ولو** ﴾ كان انقطاعه ﴿ **من قبل** ﴾ الطلاق ﴿ **تربصت** ﴾ عوده قال المصنف اجماعاً **وأما إن كان انقطاعه لا لعارض معتاد لقطعه فقال**[٢] **عمر وابن عباس رضي الله عنهم والليث** وأحمد وقول للشافعي تربص تسعة أشهر وعن الشافعي اكثر مدة الحمل وقال الامام يحيى حتى تظن انقطاعه وانما يحصل لها الظن بمضي أربعة أشهر وعشر بعد وقت عادتها ولما يظهر بها حمل ، وقال المصنف الأقرب عندي انه يحصل بمضي مثل العدة ثلاثة أشهر ولا وجه لما زاد على ذلك اذ لا دليل عليه انتهى وكل هؤلاء قالوا[٣] اذا انقضت هذه المهلة رجعت الى الاعتداد بالأشهر وقال الباقر والصادق ، وقول للناصر لا تربص اصلاً بل تعتد بالأشهر عند تخلف[٤]

(١) **قوله** : ينافي حديث ابن عمر ، أقول : يريد على رأي القايلين بوقوع الطلاق البدعي والمصنف قايل به ولكنه لا يعزب عليك ان كلام المصنف في عدم الاعتداد بما طلقت فيه من الحيض وأنها لا تجعل من الثلاثة الاقراء لا في الوقوع وعدمه .

(٢) **قوله** : فقال عمر . . . الخ ، أقول : مثل كلام الشارح في البحر وغيره والذي في الهدى ان كلام عمر ومالك واحمد والشافعي وغيرهم انما هو فيمن حاضت بعد طلاقها مرة أو مرتين ثم انقطع قال وقد صح عن عمر في امرأة طلقت وحاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه انها تربص تسعة أشهر فان استبان بها حمل والا اعتدت ثلاثة أشهر .

(٣) **قوله** : قالوا . . . الخ ، أقول : أي الباقر والصادق والناصر . . . الخ ، اذ لا يصلح هذا الا لهم وقد أختاره الشارح الا ان الباقر ومن معه على نقله يعتبرون تخلف الحيضة عن عادتها ويأتي له اعتبار تخلفه عن عادتها مرتين ليحصل للمطلقة الظن ومن ذكره لم يعتبروا الظن والا كان عليه ان يقيد خلافهم به .

(٤) قلت لعلهم يعنون بعد مضي وقت عادتها والا فلا وجه له تمت بحر .

(*) **سيأتي للشارح** في شرح قوله والمنكوحة باطلاً والمفسوخة من أصله في فصل ولا عدة فيما عدا ذلك فسيأتي ان النكاح الباطل حكمه حكم العدم لا فرق الا بالحدو عدمه فقياس ما سيأتي للشارح ان تكون الحيضة الواقعة تحت زوج جهلاً من حيض العدة فتأمل والله **أعلم** .

الحيضة عن وقت عادتها ، والذي اعتمده المصنف للمذهب ان عليها التربص ﴿ **حتى يعود فتبنى** ﴾ على ما كان قد حصل منه قبل الانقطاع ﴿**او**﴾ اذا لم يعد تربصت حتى ﴿ **تياس** ﴾ من عوده ببلوغها مدة تعذره على الخلاف الذي تقدم وقت تعذر الحيض ، لنا ان العدة بالأشهر انما جعلت للائي يئسن من المحيض واللائي لم يحضن كالصغيرة والضهياء بدليل الآية الكريمة ، قالوا اليأس[1] لغة للقنوط ضد الرجا لا استحالة المرجو بل ظن عدمه كما قال تعالى « حتى اذا استيأس الرسل وظنوا » وقوله تعالى « وهو الذي ينزل الغيث من بعد ما قنطوا » فإن الرسل لم يعلموا استحالة نصر الله تعالى بل ظنوا عدمه وكذا راجي الغيث انما يحصل له ظن عدمه عند امارات العدم وهو بطو المرجو لا غير وبطوه يحصل بتكرر تخلفه عن عادته مرتين فتثبت بهما عادة التخلف المثمرة للظن كما تقدم في الحيض ولهذا يغلب ظن عدم المطر بتخلفه عن عادته وكيف لا وقد اعتبر الله سبحانه الثلاثة الأشهر التي لم تحض وان صارت مظنة للحيض والحمل وراجئته[2] لهما واما[3] الأربعة الأشهر والعشر فانما اعتبرها عدة للوفاة وكلامنا

---

(١) **قوله** : اليأس القنوط . . . الخ ، أقول : هذا الحق قال ابن القيم فان اليأس يقابله الرجا والطمع لا اليقين والاستحالة كما في الايتين المذكورتين وكما قال تعالى فلما استيأسوا منه خلصوا نجياً وبأسهم ليس بيقين ويقال أيس فلان من زوال ألمه ومن عود غايبه اذا حصل معه عدم رجاء زواله وقدوم غايبه لا تيقن ذلك وفي خطبة عمر تعلمن ايها الناس ان الفقر طمع وان اليأس غنى فقابل بين اليأس والطمع وليس في القرآن ولا في السنة تحديد اليأس بوقت قط ولو كان المراد باللائي يئسن من المحيض من لها خمسون او ستون أو غير ذلك لقيل واللائي يبلغن من السن كذا وكذا ولم يقل أيس فمن انقطع حيضها أو حصل عندها ظن عدم معاودته فعدتها بالأشهر في أي سن كانت ان كان لعارض غير معلوم .

(٢) **قوله** : وراجية لهما ، أقول : أي الحيض والحمل الا انه لا يخفى انها اذا كانت راجية لهما فلا بأس معها الا ان قوله واللائي لم يحضن قسيماً للآيسات اذ لفظها واللائي لم يحضن أي فعدتهن ثلاثة أشهر فالثلاثة الأشهر جعلها الله تعالى عدة لصنفين من النساء الآيسة والتي لم تحض وقوله بل ظنوا أي الرسل فالعطف تفسير على هذا .

(٣) **قوله** : وأما الاربعة الاشهر أقول : هذي رد على كلام الامام يحيى فانه قال لا يحصل لها ظن انقطاعه الا بعد هذه المدة لكنه لم يجعل الاربعة والعشر لها عدة بل عدتها بالثلاثة من بعد ذلك والمصنف قال لا يحصل الظن لها الا بمضي ثلاثة أشهر ، قلت ولا يخفى ان تقييد حصول الظن للمرأة بانقطاع الدم بوقت معين لا دليل عليه والظنون مختلفة بالنظر الى القرآين والى الظانين فالظانين منهم من يحصل له بأدنى امارة ومنهم عكسه وحيث اعتبروا ظنها فلا يعرف الا من جهتها لا بمناط مدة اذ لا دليل عليها واذا كان المناط هو ظنها فيرجع اليها وتصدق في ظنها الأيأس كما تصدق في وقوع مضّي العدة بالحيض وعدم مضيها .

في عدة الطلاق وكذا[١] التسعة الأشهر انما هي عدة الحامل والنزاع في غيرها وبهذا تعرف قرب كلام الباقر والصادق لأنها اذا اعتدت من حين تخلف الحيض عن عادته ، واستمر[٢] التخلف ثلاثة اشهر حصل اليأس من الحيض وكان ذلك جارياً على اعتبار الانتهاء قطعاً فلا يكون لقوله ﴿ **فتستأنف بالأشهر** ﴾ وجه صحة اذا كانت نَوَت الاعتداد من حين تخلف الحيضة عن عادتها ثم ظاهره يقضي بأنه لو انقطع بعدما اعتدت بحيضتين وجب عليها استئناف ثلاثة اشهر ولا تبنى على الحيضتين اللتين مضتا في العدة وقيل بل تبنى عليهما قياساً على من انتقل من الأعلى الى الأدنا في الصلاة واستضعف المصنف هذا القياس لأنه مبني على ان الأشهر بدل وليس كذلك فانها اصل في الصغيرة والضهياء والآيسة وقد وجبت الأشهر عليهن كاملة وفيه نظر فان[٣] ترتيب العدة على اليأس بالفاء ظاهر في تقدمه عليها كلها فالثلاثة الأشهر انما هي عدة من تقدم اليأس عدتها لا عدة من وقع لها اليأس في اثنائها وكون عروض اليأس في أثناء العدة مانعاً للاعتداد بما حصل منها حكم شرعي وضعي يفتقر[٤] الى دليل شرعي ، واما قوله انها تعتد

---

(١) **قوله** : وكذا التسعة الاشهر أقول : لم يقل أحد ان التسعة الاشهر عدة لمن انقطع حيضها بل الذي عن عمر ومن معه انها تربص تسعة أشهر فان ظهر بها حمل والا اعتدت ثلاثة أشهر كما قدمناه نقلا عن ابن القيم وهو أقعد بمعرفة ، أقوال السلف وبه تعرف ان لا معنى لقوله وانما هي عدة الحامل وبه تعرف دقة نظر عمر ومن وافقه لان انقطاع الحيض غالباً يكون للحمل فينتظر مدته الغالبة لا النادرة كما نقله عن الشافعي ولا أرى قول عمر الا قريباً من الصواب او هو .

(٢) **قوله** : واستمرار التخلف ثلاثة أشهر أقول : يقال عليه هذه الثلاثة التي حصل بعدها اليأس هي أشهر العدة فلا عدة الا بعد اليأس ولا يحصل اليأس الا بعد الثلاثة فهذا باطل اذ هو اعتداد قبل اليأس وقوله وكان ذلك جارياً . . . الخ باطل ايضاً فان الدخول في العدة متوقف على اليأس كما هو صريح الآية ويأتي له انها تنوي من حين التخلف وهو قبل اليأس ويأتي له قريباً ان الفاء في الآية دالة على تقدم اليأس على الثلاثة الاشهر فلقد اضطرب كلامه .

(٣) **قوله** : فان ترتب العدة على اليأس بالفاء ، أقول : يريد في الآية وهو ظاهر الا انه قد وافق المصنف في الحكم في انه لا بناء على ما تقدم في الحيض فهذا النظر على القياس ايضاً وان كان ظاهر عبارته انه على كلام المصنف ولا يخفى تلون كلامه واضطرابه هنا جزم بانه لا عدة بالاشهر الا بعد حصول ظن اليأس للآية وأصاب ولكنه ناقض ما قدمه من ان استمرار التخلف في الثلاثة الاشهر يحصل معه اليأس .

(٤) **قوله** : يفتقر الى دليل ، أقول : يقال الدليل الشرعي ترتب العدة على اليأس بالفاء فانه دل على ان اليأس العارض في العدة لا اعتداد به ثم القول بانه مانع لم يتقدم لاحد حتى يتعرض لدفعه .

بالأشهر ﴿ **ولو دمت**[١] **فيها** ﴾ فمبني على ان المراد باليأس الاستحالة ليكون هذا الدم دم علة أو فساد لا دم حيض ولهذا لم يقل ولو حاضت فيها وقد عرفت ان اليأس ليس هو الاستحالة بل غلبة الظن المستندة الى العادة والعادة انما هي مظنة انتفاء العلة ومظنة انتفاء المؤثر لا يعتبر علة لنقيض حكمه مع وجوده كيف ولو حملت الآيسة لكانت عدتها بالوضع ولحق ولدها بزوجها كما لحق[٢] بإبراهيم وزكريا ولداهما من العاقرين مع انتفاء المظنة وذلك نقض لاعتبار مظنة المؤثر في نقيض حكمه بلا مانع ايضاً والنقض كاشف عن عدم علية المنقوضة واما قوله ﴿ **فإن انكشفت حاملاً فبالوضع** ﴾ فتكرير لقوله فالحامل بوضع جميعه وانما اراد هنا ﴿ **ان** (*) **لحق** ﴾ وكان الصواب زيادته فيما تقدم كما قيدنا[٣] به كلامه[٤] هناك ، واما قوله ﴿ **والا استأنفت**﴾ فهو مفهوم قوله ان لحق فهو اعادة للمفهوم الذي[٥] مدار المختصر على الاكتفاء به ، هذا كله حكم عدة الحامل والحائض ﴿**و**﴾ اما ﴿ **الضهيا** ـ وهي المرأة الكبيرة التي لم يأتها حيض أصلاً ـ والصغيرة﴾فعدتها﴿ **بالأشهر** ﴾وكان أشمل من عبارته أن يقول واللائي يئسن واللائي لم يحضن بثلاثة اشهرلما فيه من الاقتباس وشمول [٦]الآية الذي فات في عبارته وليستغن من قوله ﴿ **فإن بلغت** ﴾ الصغيرة ﴿ **فيها** ﴾ إلى آخره ثم بلوغها اما بالحيض او بالحمل أو بغيرهما ﴿ **فبالحيض** ﴾ وبالحمل ايضاً ﴿ **استأنفت** ﴾ العدة بهما فلا

---

(١) **قوله** : ولو دمت فيها ، أقول : الصواب دميت فانه منقوص يائي ولذا قال ولو انا على حجر ذبحنا . . . جرى الدميان بالخبر اليقين . . . وفي الحديث هل انت الا اصبع دميت وفي سبيل الله ما لقيت .

(٢) **قوله** : كما لحق بابراهيم وزكريا ، أقول : أما هذا فهو كرامة نبي واجابة دعوة خارق للعادة فلا يرد به نقض العادة ولذا استغرب به زكريا وقال أنى يكون لي ولد وامرأتي عاقر .

(٣) **قوله** : كما قيدنا به كلامه ، أقول : يريد تقييده قول المصنف بوضع الحمل فانه قيده بقوله الكاين من المطلق .

(٤) بقوله الكاين من المطلق .

(٥) **قوله** : الذي مدار المختصر . . . الخ ، أقول : ما أتى بالمفهوم الا لافادة الاشارة الى خلاف من قال بجعل الوضع حيضة .

(٦) **قوله** : وشمول الآيسة الذي فات في عبارته ، أقول : لم يفت لان عنده الآيسة ليست الا من بلغ سن التعذر وقد تقدمت .

(*) الولد بزوجها الذي اعتدت منه وهو يلحق به اذا كان الطلاق رجعياً مطلقاً او بائناً وجاءت به لاربع سنين فما دونها من يوم الطلاق .

وجه[١] لتخصيص الحيض باستئناف العدة ﴿به﴾ دون الوضع ﴿ وإلا ﴾ تبلغ بالحيض ولا بالحمل بل بالسنين ﴿ بنت﴾ على الاعتداد بالشهورلأنها من اللائي لم يحضن ﴿و﴾ اما ﴿ المستحاضة الذاكرة لوقتها ﴾ فعليها أن ﴿ تحرا كالصلاة ﴾ وقد تقدم تحقيقه في الحيض ﴿ والا ﴾ تكن ذاكرة لوقتها ﴿ تربصت ﴾ ألى مدة الأياس كمنقطعة الحيض[٢] الا ان القياس فاسد لأن انقطاع الحيض يضاد الحيض بخلاف الاستحاضة فلا تضاده وقد عرفناك غير مرة ان اللبس لا يرفع حكم الأصل فهي حائض وغاية ما يلزم الرجوع الى عادة النساء كما تقدم في حديث تحيضي في علم الله تعالى ستاً وسبعاً كما تحيض النساء وانما احتجنا هناك الى زيادة تحرٍ لمنافاة الحيض للصلاة ولا منافاة هنا بينه وبين العدة بل هي من لوازمه لا من لوازم العلم به فانها لو اغمي عليها في الحيضة لصح الاعتداد بها .

﴿ فصل ﴾

﴿وفي عدة الرجعى﴾احكام منها استحقاق الزوج﴿الرجعة﴾[*]لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك الا انه يشترط ان لا يقصد بالمراجعة الضرار لأنها حينئذ منهي عنها والمنهي عنه فاسد والفساد في مثل ذلك بطلان ، قلت وكذالو أراد أن يراجعها ليثلثهاالعموم مفهوم قوله تعالى « ان ارادوا اصلاحاً » لأن المراد بالاصلاح اصلاح الزوجية ومريد التثليث غير مريد لاصلاح الزوجية ولأن التثليث اما بدعي او ضرار وكلاهما افساد لا اصلاح ﴿ و ﴾ منها انه اذا مات الزوج او الزوجة استحق كل منهما ما له بالزوجية من ﴿ الارث ﴾ وادعى المصنف الاجماع على التوريث ولم يسنده الا الى قوله لبقا الزوجية وفي نفسي من ميراث المطلقة لأني لم اجد لدعوى الاجماع مستنداً الا الآية الكريمة وبعولتهن احق بردهن ، واستحقاق الرد لا يستلزم استحقاق الارث مع عدم الرد ، نعم اخرج الشافعي والترمذي من طريق عبدالله بن ابي بكر ومالك والبيقهي من طريق محمد بن يحيى بن حبان ان حبان بن منقد طلق امرأته طلقة واحدة وكانت لها منه بنت صغيرة ترضعها فتباعد حيضها ثم هلك عنها ولم تحض وفي طريق الشافعي

---

(١) **قوله** : فلا وجه لتخصيص الحيض ، أقول : قد قال المصنف ان الحمل كالحيض ايضاً في الاقرب على أصلنا .

(٢) **قوله** : لان القياس فاسد ، أقول : يعني قياس المستحاضة الناسية لوقتها على المنقطعة الحيض وقد تقدم تحقيق الكلام في المستحاضة واحكامها وكلام الشارح هنا جيد .

(*) بغير عقد ما لم تنقض العدة بخلاف البابن فلا رجعة الا بتجدد نكاح .

فلم تحض الاحيضتين فورثها عثمان بمشورة علي عليه السلام وزيد بن ثابت فخاصمتها زوجته الاخرى زينب بنت ربيعة بن الحرث بن عبد المطلب فقال لها عثمان ابن عمك اشار بهذا يعني علي بن ابي طالب كرم الله وجهه لكن علي وان كان قوله حجة عند البعض فلا يصلح مستنداً للاجماع لأن الاكثر غير قايلين بحجية قوله على ان من قال بحجية قوله لم يثبت [١] على ذلك في كل قول ، واما قول المصنف ببقاء الزوجية فمحل النزاع كيف ولو كانت باقية لما وجب عليها الاحتجاب منه ولا العدة ، ولما اثم هو بوطيها ونحوه غير ناوٍ به الرجعة ، والمسألة عندي في حيز الاشكال الى ان يمن الله سبحانه بدليل عليها صريح صحيح [*] لا سيما والميراث مال الغير وحرمته قطعية لا ينقلها الا دليل متفق على صحته ﴿ و ﴾ منها ان لها ﴿ **الخروج** ﴾ من منزل عدتها ﴿ **باذنه** ﴾ بخلاف الباين كما سيأتي لكن هذا تخصيص لقوله تعالى «ولا يخرجن بمجرد المشية » المستندة الى توهم بقا الزوجية .

نعم ثبت [٢] عند مسلم وابي داود والنسائي من حديث جابر رضي الله عنه انه قال

---

(١) **قوله** : لم يثبت على ذلك في كل قول ايضاً ، **اقول** منهم الشارح فانه يقول ان قوله عليه السلام حجة كما قرره في شرح الفصول وغيره وهنا لم يثبت على ذلك والا فإنه وان لم يجد مستنداً للاجماع فقول علي عليه السلام حجة وان لم يكن ثمة اجماع اصلا كيف وقد عضده هنا الاجماع على انه بعد تسليمه الاجماع لا يقدح فيه عدم الاطلاع على مستنده لان الاجماع بعد ثبوته حجة وقد قال المنار والعجب من القايلين بالتوريث بمجرد رأيهم ، قلت والسر في ذلك انها هل تدخل في مسمى الزوجة فيشملها ولكم نصف ما ترك ازواجكم وقوله ولهن الربع مما تركتم الآية ، او لا يشملها الظاهر انها لا تسمى زوجة حال طلاقها الرجعي والا لجاز وطؤها لا بنية الرجعة لدخولها تحت عموم الا على ازواجهم وهذا لا قايل به ثم ان الطلاق قد وقع عليها اتفاقاً واجتماع الزوجية والطلاق جمع بين نقيضين فهي اجنبية لا يحل منها الا ما ورد به النص وهي الرجعة ولا تثبت لها الا النفقة والسكنى وبه تعرف انها لا تنتقل الى عدة الوفاة كما قالوا وعدم انتقالها اختاره الشارح كما يأتي الا انه يعارض هذا قوله تعالى « وبعولتهن احق بردهن » فسمي المطلق بعلا وهو الزوج فاباحة وطيها للزوج ان اراد به الرجعة عند اهل المذهب ولو كانت قد خرجت عن الزوجية لم يحل له وطؤها الا بعقد جديد وتسميته بعلا يرشد الى تسميتها زوجة فتدخل في احكام الزوجة من الارث والانتقال الى عدة الوفاة وتحريم الخامسة ولعل هذا اقوى فلينظر .

(٢) **قوله** : ثبت عند مسلم ، اقول : الكلام في الرجعية وفي الحديث ثلاثاً فيحتمل انها باين الا انه يقال اذا جاز الخروج في الباين فجوازه في الرجعية اولى وكأنه يريد ذلك وهو كما قدمناه ـ ينظر اين تقدم .

(*) توقف الشارح رحمه الله في ارث المطلقة رجعياً اذا مات الزوج وهي في العدة .

طلقت خالتي ثلاثاً فارادت ان تجذ نخلها فنهاها رجل فأتت النبي صلى الله عليه واله وسلم فقال « لها بلى فجذي نخلك فانك عسى ان تصدقي او تفعلي معروفاً» وذلك ظاهر في قوله تعالى « ولا يخرجن » مراد له نقل المسكن لا الخروج للحاجة والعود الى مسكن العدة ﴿ و ﴾ منها ان لها ﴿ **التزين** ﴾ قال الهادي عليه السلام ويندب وقال ابو ثور بل عليها الإحداد لان الطلاق بينونة كالخلع والموت .

واجاب المصنف بان الزوجية باقية فيها بخلاف غيرها وهو محل النزاع واما حل الرجعة فكحل العقد على المختلعة لا يستلزمان عدم احكام البينونة من الاحداد وغيره ﴿ و ﴾ اما ﴿ **التعرض لداعي الرجعة** ﴾ فلا وجه لجوازه فضلا [١] عن ندبه لانه كما يحرم عليه نظرها ودخول منزلها والخلوة بها لالنية المراجعة يحرم عليها تعريضه للحرام وتجويز كونه وسيلة الى الرجعة المباحة كتجويز الأجنبية كون تبرجها وسيلة الى خطبتها ﴿ و ﴾ منها انه اذامات وهي في عدة الرجعي فانه يجب عليها ﴿ **الانتقال الى** ﴾ ابتداء ﴿ **عدة الوفاة** ﴾ بناء على توهم بقا الزوجية ولهذا خالف فيه المنصور بالله ، قلت لأنه لا [٢] يشملها قوله تعالى « والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجاً » ولا ينطلق عليها اسم الزوجية [*] الا مجازاً باعتبار ما كانت عليه ولان عروض الموت فيها كعروض طلاق ـ ثان ـ لا يوجب استيناف العدة لأنها مسببة عن طلاق وموت وفسخ ولا يتعدد المسبب بتعدد اسبابه كما [٣] لا يتعدد الحدث بتعدد اسبابه ﴿ و ﴾

(١) **قوله** : فضلا عن ندبه أقول : ما ذكر المصنف ندبية التعرض لكنه في شرح الاثمار إنما يقدم ندبية التزين عن الهادي والحق ما قاله الشارح من عدم تعرضها لما ذكر ومثله ذكر المصنف في الغيث انه يندب التعرض لداعي الرجعة بالتزين والوقوف بحيث يراها الزوج فالشارح اختار مذهب ابي ثور انها تحد الرجعية ومن ذكر اختاروا ندبية تزينها فكم بين القولين من التباين والاقرب انه لا يلزمها الإحداد ولا يندب لها الزينة لعدم الدليل عليهما والحق ما قاله الشارح من عدم تعرضها لما ذكر .

(٢) **قوله** : لانه لا يشملها اقول هو محل النزاع فان من اثبت هذه الاحكام قال ببقاء الزوجية ولذا قالوا لا تحل له اختها ولا الخامسة حتى تخرج من عدتها الا ان القوي بقاء الزوجية لما ذكرناه .

(٣) **قوله** : كما لا يتعدد الحدث اقول : الاولى كما لا يتعدد سبب الحدث (ا .ح) او رافع الحدث ، واما الحدث نفسه فالفرض انه قد تعدد لقوله بتعدد اسبابه وذلك كخروج الدم والبول والنوم فان هذه اسباب توجب مسبباً واحداً هو الوضوء والتيمم ولا يخفي ان مسألة الانتقال هنا لا تعدد فيها في سبب ولا مسبب فان سبب ايجاب التربص بالاقرا هو الطلاق فلما مات المطلق انقطع سبب التطليق وهو

(*) هذا يؤيد عدم استحقاق الميراث وجزم من الشارح به بعد توقفه .

(ا .ح) ينظر في هذا فلا يصح فتأمل .

منها ان عليها ﴿ **الاستيناف** ﴾ للعدة ﴿ **لو راجع** ﴾ بالوطء ﴿ **ثم طلق** ﴾ اتفاقاً اما لو راجع بالقول فكذلك عندنا وقال داود اذا ابطلت الرجعة وجوب العدة التي كانت فيها اتفاقاً ثم كانت بالقول فقط كانت كالعقد والطلاق بعدها كالطلاق قبل الدخول فلا عدة للطلاق الاول ولا الثاني واجاب المصنف بان ذلك يؤدي الى اختلاط الامواَ وهو ساقط لأن [١] غاية الاكتفا عن العدة بالاستبرا بحيضة لذات الحيض ثم هو مبني على ان وجوب العدة للاستبرا وقد قدمنا [٢] تحقيق خلافه فالجواب [٣] منع كون الرجعة كالعقد ، وانما هي استثنا في الطلاق الاول سوغه الشرع وان كان مستغرقاً ومن هنا ذهب ابن عباس وغيره الى جواز تراخي الاستثنا الى مقدار مدة اكثر العدة قياساً لساير الاستثناءات على الرجعة التي هي استثنا الطلاق واذا الغى الطلاق الاول بالرجعة كان كأنه لم يكن وكان العقل لم يعرض عليه طلاق فاذا طلقت ثانياً كان طلاقاً بعد الدخول كالطلاق الاول لكن لا يخفي صحة منع كون الرجعة إلغاء للطلاق الاول مستنداً بأن الشرع اعتبره في التثليث ولو الغته الرجعة لما ثبت تثليث ﴿ **و** ﴾ منها ﴿ **وجوب السكنى** ﴾ لقوله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن » ولم يتعرض للنفقة لأنها لا تختص بالرجعية بناء على ان

= اعتبار الاقرآ وخلفه سبب آخر موجب لمسبب آخر هو التربص اربعة اشهر وعشر فلا جامع بين ما مثل به ومسألة الكتاب ان قلت ولم انقطع السبب الاول بالموت قلت لأن اعتبار الاقرآ في حق الرجعية كونه قد يحدث الله امراً كما صرحت به الآية وبعد الموت لا رجعة ولأنها داخلة في الازواج لأنه توفى بعلها بالنص فدخل تحت والذين يتوفون منكم .

(١) **قوله** : لان غايته الاكتفاء عن العدة . . . الخ اقول : هو ساقط لأن الاستبرا بالحيضة ليس من احكام الحراير المطلقات اتفاقاً فكيف يسوغ القول به .

(٢) **قوله** : وقدمنا تحقيق خلافه اقول : نعم قدم ما هو ادل على تطويل العدة من انتظار الرجعة واحترام حق الزوج مع قصد براءة الرحم .

(٣) **قوله** : فالجواب ، اقول : اي عن داود وقوله سوغه الشرع وان كان مستغرقاً فيه بحثان الاول ان الاستثنا المستغرق باطل لغة ولا يسوغ الشرع ما كان باطلا فيها لأنه انما ورد بها وتقرير ما ثبت منها الثاني ان الاستثنآ المستغرق هو الذي يبطل حكمه ولا كذلك هنا فانها قد ثبتت الطلقة وان راجع ولم يبق له الا طلقتان مثلا وكلامهم في الاستثنا الوارد باداته من الا ونحوها من لفظ ان شاء الله لا مثل هذا فانه لا يسمى به اتفاقاً ، واما قوله ومن هنا ذهب ابن عباس . . . الخ فالصحيح في النقل عن ابن عباس انه لم يقيد جواز التراخي بمدة اصلا والشارح قد شكك في جوابه هذا آخراً فالاقرب كلام المصنف واما المنار فاختار قول داود قايلا عن ايراد المصنف انه استبرا بحيضه كالمنكوحة في العدة جهلا والمسبية قبل الاستبرا وفيه ما سلف .

قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف » عام للباين وغيرها وهو بصدد ما يختص بالرجعي ﴿ و ﴾ ومنها ﴿ **تحريم** ﴾ نكاح ﴿ **الاخت و** ﴾ تحريم نكاح ﴿ **الخامسة** ﴾ بناء على بقا زوجية المطلقة وقيد النظر المذكور في الارث ﴿ **والعكس** ﴾ من تلك الاحكام ﴿ **في الباين** ﴾ مثلثة او مختلعة او مطلقة قبل الدخول مطلقاً اما عدم استحقاق الرجعة فاتفاق في المثلثة والمطلقة قبل الدخول وخالف ابو ثور في المختلعة وقد تقدم ، واما عدم التوارث فكذلك ، وقال الناصر وقول للشافعي كل طلاق في المرض لا يمنع التوارث وقال ابو حنيفة ان ابانها في المرض لا لسوالها فلها الميراث ـ واما هو فلا يرثها ـ لنا حصل سبب عدم الارث وهو ارتفاع الزوجية بعد حل الرجعة ، قالوا لم يكن طلاقاً وانما هو هرب من الميراث فيعامل بنقيض قصده كقاتل مورثه عمداً ، قلنا القتل حرام والهرب [1] من الحقوق قبل لزومها مباح ولا عقوبة في مباح فافترقا [2] واما عدم جواز التزين والتعرض لداعي الرجعة فانه لا رجعة ، واما عدم جواز الخروج فتقدم حديث خالة جابر واما عدم لزوم الانتقال الى عدة الوفاة فلانه لم يمت وهي زوجة وقال ابو حنيفة وابو يوسف تنتقل كالرجعية . واجيب بالفرق بالزوجية ـ وعدمها اما حل الاخت والخامسة فلارتفاع الزوجية ايضاً ، واما النفقة فسيأتي بيانها في باب النفقات ان شاء الله تعالى « واما السكنى فلا سكنى » وقال ابو حنيفة وعن الناصر لها السكنى لنا ان شرع السكنى لانتظار الرجعة ولا رجعة على الباين قالوا قياس فاسد الاعتبار لوقوعه في مقابلة اسكنوهن من حيث سنكتم قلنا عام يصح تخصيصه بالقياس على المميتة وبحديث فاطمة بنت قيس عند الجماعة الا البخاري ان زوجها طلقها ثلاثاً فلم يجعل لها النبي صلى الله عليه واله وسلم سكنى ولا نفقة ، واما قول عمر لا ندع كتاب ربنا لقول امرأة لا ندري احفظت ام

---

(١) **قوله** : والهرب من الحقوق ، اقول : ليس على اطلاقه فان من تحيل لاسقاط الزكاة اخر الحول فانه يحرم عليه وتبطل حيلته ومن تحيل بالطلاق لئلا ترث الزوجة فانا نبطل حيلته ونورث امرأته لان هذا طلاق ببغضه الله تعالى وكل ما يبغضه الله ليس لنا اعانة فاعله على امضائه سيما وعرضه ليس الا حرمانها ما فرض الله لها ان بقيت في عقدته .

(٢) **قوله** : فافترقا ، اقول : فلا يقابل بنقيض قصده الا من تسبب الى مراده بما لا يحل وفيه تأمل اذ كون القتل حراماً يوجب الاثم والقصاص والديه فما له وللارث فان اسبابه النسب والنكاح والولى وقاتل من يرثه لم يبطل قتله سبباً منها فالمانع عن ارثه ثبوت الحديث لا يرث قاتل العمد شيا .

نسيت فقد (١) قالت فاطمة بيني وبينكم كتاب الله تعالى يقول لا تخرجوهن من بيوتهن فان هذا لمن كانت له مراجعة فأي امر يحدث بعد الثلاث قالوا فيلزمكم نفي النفقة ، قلت لا محيص عن ذلك لأن خبر فاطمة خصوص والآية عموم والخاص مقدم على العام ومثلها المختلعة بجامع حرمة الرجعة وقياساً لهما على المميتة على ما هو الحق من قول للمؤ يد بالله والفريقين فيها بجامع بطلان الرجعة ايضاً كل ذلك (٢) لان المطلقات مراد به الرجعيات فقط بدليل اختصاصهن بالضمير في وبعولتهن احق بردهن كما حققناه في الاصول ﴿ **واما** ﴾ ان تكون العدة ﴿ **عن وفاة فبأربعة اشهر وعشر** ﴾ من يوم الموت للآية الكريمة والذين يتوفون منكم ويذرون

---

(١) **قوله** : فقد قالت فاطمة . . . الخ ، اقول : قدح عمر رضي الله عنه في رواية فاطمة رضي الله عنها بأمرين احدهما مخالفة خبرها للقرآن ، والثاني الشك فيما روته هل حفظت او نسيت فاتت بأمر غير محفوظ واجابت فاطمة رضي الله عنها عن الامرين بان القرآن يشهد لها فلا مخالف وما شهد له القرآن فهو دليل على انه من كلامه صلى الله وعليه واله وسلم وانها رواية محفوظة وارادت هي بكتاب الله ما علل تعالى الحكم به من قوله لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امراً والامر الذي يحدثه المراجعة كما فسره السلف به فايجاب النفقة والسكنى لأنها في حبسه وتحل له من دون عقد والآية أمرت بعدم اخراجهن من بيوتهن وعدم خروجهن فالضماير للرجعيات كما يقتضيه السياق وفهمته فاطمة بنت قيس ووافقه حديثها ، واما قول عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب الله فاراد العموم الظاهر من الآيات ولا مخالفة بين عام وخاص فحديث فاطمة خاص كما اشار اليه الشارح وقد ذكر ابن القيم ثمانية مطاعن على حديث فاطمة واجاب عنها كلها واجاد ويأتي الكلام في النفقات .

(٢) **قوله** : كل ذلك لأن المطلقات . . . الخ ، اقول في الفصول ولا أي لا يخص العام بالضمير الراجع الى بعض ما تناوله نحو قوله تعالى « وبعولتهن احق بردهن » قال الشارح فان الضمير انما يرجع الى غير المطلقة باينا للاجماع على ان لارجعة عليها فلا يقال المراد بالمطلقات الرجعيات حتى تكون عدة الباين مسكوتاً عنها بل يبقى المطلقات على عمومه والثلاثة القروء عدة الباين والرجعية والمخصص انماهوالضمير لا مرجعه انتهى كلامه وهذا خلاف ما ذكره فانه قال هنا لأن المطلقات المراد بها الرجعيات بدليل اختصاصهن بالضمير في بعولتهن وفي شرح الفصول قال يبقى المطلقات على عمومه أي شاملا للباينات بل قال لا يقال المراد بالمطلقات الرجعيات فناقض نفسه في كتابيه فانه هنا جعل ضمير بعولتهن مخصصاً لعموم المطلقات فصار المراد والمطلقات رجعياً وفي شرح الفصول قال المطلقات يبقى على عمومه وضمير بعولتهن هو الذي يخصصه لأنه عام لعموم مرجعه فيخص بالبائنة فكأنه قيل وبعولة الرجعيات هذي والخطب يسير في هذه المناقضة لانه قد اتفق على خروج البائنة اما من المطلقات او من ضميرهن وقوله اولا قياساً على المميتة فيه تأمل لا يخفى .

ازواجاً يتربصن بأنفسهن اربعة اشهر وعشراً واشار بقوله ﴿ **كيف كانا** ﴾ اي الزوجان الى قول مالك انه لا بد لمن تعتد للطلاق بالحيض من ثلاث حيض مع اربعة اشهر وعشر لجواز كونها ذات حمل فلا تكون عدتها بالاشهر المذكورة ، قلنا اذا انكشف الحمل اعتدت بوضعه قال يستلزم اعتدادها بالاشهر فقط جواز نكاحها عند تمامها وقبل تبين الحمل فتختلط [١] **الامرآ** ﴿ **والحامل** ﴾ تخصيص بعد التعميم بقوله كيف كانا ولو قال فغير الحامل بأربعة اشهر وعشر كيف كانا والحامل ﴿ **بها مع الوضع** ﴾ لكان اولى كما لا يخفى ليكون الحاصل وجوب اطول العدتين عليها وقال عمر وابنه وابو هريرة وابو سلمة والفريقان [٢] بالوضع فقط لأن ازواجاً [٣] مطلق مقيد بأولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن قلنا هي في المطلقات ولا يحمل المطلق على المقيد الا اذا كانا في [٤] حكم واحد قالوا فيلزم قول مالك وتخريج ابي العباس ان عدة الحامل عن وفاة لا تكون الا بالاشهر فقط وان لم يجز نكاحها قبل الوضع لحديث النهي عن ان يسقى الرجل بمائه زرع غيره ، قلنا الجمع بين الدليلين هو الاولى قالـوا اجتهـاد في مقابلـة النص لحديث [٥] سبيعة الاسلمية عند الجماعة الا ابا داود من حديث ام سلمة عند الشيخين وابي

---

(١) **قوله** : فتختلط الامرآ ، اقول : اختاره الشارح ويجاب عليه على اختياره بما اجاب به هو عن المصنف بانه يكفي لذلك الاستبرا (ا ـ ح) بحيضة فلا وجه لثلاث .

(٢) **قوله** : والفريقان ، اقول : بل الايمة الاربعة وجماعة من الصحابة يقولون عدتها وضع الحمل ولو كان على مغتسلة وخالف من الصحابة في ذلك علي بن ابي طالب وابن عباس رضي الله عنهم .

(٣) **قوله** : لان ازواجاً مطلق ، اقول : هذا اولى من القول بانه تعارض عمومان عموم والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجاً وعموم واولات الاحمال اجلهن وذلك لأنه لا عموم في لفظ ازواج واما عموم والذين يتوفون منكم فهو في عموم الازواج فيعم كل زوج من صغير وكبير والكلام في عموم المعتدات من النساء .

(٤) **قوله** : الا اذا كانا في حكم واحد اقول : يقال الحكم واحد هو العدة وانما الاختلاف في سببها لا في الحكم .

(٥) **قوله** : لحديث سبيعة ، اقول : بضم المهملة فموحدة فمثناه تحتيه فمهملة صحابية وحديثها يبين المراد من الآية وبه احتجت الصحابة فانه تناظر في هذه المسألة ابن عباس وابو هريرة فقال ابو هريرة عدتها وضع الحمل وقال ابن عباس عدتها اقصى الاجلـين فحكما ام سلمة فحكمت لأبي هريرة واحتجت بحديث سبيعة وقد قيل ان ابن عباس رجع .

(ا ـ ح) لا يخفى انه لا يصلح جواباً من طرف المصنف لأنه لا يقول به بل ولا دليل على الاستبرا بحيضة بعد مضي اربعة اشهر وعشر .

داود والنسائي من حديث سبيعة نفسها وعند البخاري والموطا والنسائي من حديث المسورين مخرمة انها نفست بعد وفاة زوجها سعد بن خولة بليال قيل نصف شهر وقيل عشر وقيل اربعين يوماً فخطبت فاستأذنت النبي صلى الله عليه واله وسلم فقال حللت فانكحي وايضاً [١] الجمع حاصل بما اخرجه البخاري وأبو داود والنسائي عن ابن مسعود انه كان يقول اتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون عليها الرخصة لنزلت سورة النساء القصرى يعني « يايها النبي اذا طلقتم النساء » بعد الطولى وعند النسائي من شاء لاعنته ما نزلت اولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن الا بعد اية المتوفى عنها يشير بذلك الى ان المتأخر ناسخ او مخصص ﴿ و ﴾ المتوفى عنها ﴿ لا ﴾ تستحق ﴿ سكنى ﴾ وان استحقت النفقة وقال ابن عمر وام سلمة والامام يحيى ومالك والثوري وقول للشافعي تستحقهما معاً وقال زيد والمؤيد والفريقان لا تستحقهما لنا لم يذكر في الآية الا اربعة اشهر وعشرا بعد نسخ المتاع الى الحول غير اخراج والاصل البراة وانما اوجبنا النفقة لحبسها بسببه النافون لهما معاً لم يذكر ايهما والحبس لا يوجب نفقة لحديث [٢] فاطمة بنت قيس تقدم ولانهما [٣] انما ندبا قبل الميراث وصية فقط بدليل فإن خرجن فلا جناح

---

(١) **قوله** : وايضاً الجمع حاصل ، اقول : اي بين الآيتين ولا يخفى انه لا جمع فيما ذكره بل عمل بالآخر من الدليلين قال ابن القيم وكلام ابن مسعود يحتاج الى تقرير فان ظاهره ان آية الطلاق مقدمة عن آية البقرة لتأخرها فكانت ناسخة لها ولكن النسخ عند الصحابة والسلف اعم منه عند المتأخرين فانهم يريدون به ثلاثة معان احدها رفع الحكم الثابت بخطاب الشارع الثاني رفع دلالة الظاهر اما بتخصيص واما بتقييد وهو اعم مما قبله الثالث ببيان المراد باللفظ الذي بيانه من خارج وهذا اعم من الاولين فابن مسعود رضي الله عنه اشار بتأخر نزول سورة الطلاق الى ان آية الاعتداد بوضع الحمل ناسخة لآية البقرة وان كان عمومها مراداً او مبينة للمراد منها او مقيدة لاطلاقها وعلى التقديرات الثلاثة يتعين تقديمها على عموم تلك واطلاقها وهذا من كمال فهمه رضي الله عنه ورسوخه في العلم .

(٢) **قوله** : لحديث فاطمة اقول : فانه نفا النفقة والسكنى لها مع انها محبوسة وفيه اصرح من ذلك وهو ما في لفظ احمد والنسائي في حديثها انما النفقة والسكنى للمرأة اذا كان لزوجها عليها الرجعة وفي لفظ لاحمد انما النفقة والسكنى للمرأة ما كانت لزوجها عليها الرجعة واذا لم يكن له عليها رجعة فلا نفقة ولا سكني فهو كما ترى ادل بالمفهوم والمنطوق ان غير الرجعية لا تستحق شيا .

(٣) **قوله** : ولانهما ، اقول : اي النفقة والسكنى انما ندبا لقوله والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجاً وصية لازواجهم متاعاً الى الحول فانه كان الرجل اذا مات اوصى لزوجته بنفقة حول وسكناه فنسخ الله المدة بالاربعة الاشهر والعشر والوصية بالميراث يقال وكذلك السكنى فانها من المتاع ويقال على قوله ان الوصية كانت ندباً اين دليل الندبية وقد استدل في الثمرات على وجوب الوصية بان قراءة الرفع في تقدير

عليكم ، ثم نسخ الميراث الندب الموجبون نسخ بعض المدة انما يستلزم نسخ نفقة المنسوخ وسكناه لا نفقة ما بقي وسكناه ورد بان المنسوخ انما هو الندب والنزاع في بقاء الوجوب قالوا يشهد للوجوب ما عند الجماعة الا الشيخين من حديث زينب بنت كعب بن عجرة ان الفريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد الخدري وقد لحق زوجها اعبداً له او علوجاً ابقوا فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه واله وسلم ان ارجع الى اهلي فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة فقال نعم فانصرفت حتى اذا كنت في الحجرة ناداني فقال كيف قلت فرددت عليه القصة فقال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله ولا علة له الا ما توهمه [1] ابن

= فعليهم وصيته أو لأزواجهم وصيةوقراة النصب في تقدير فليوصوا تدل ايضاً عليه وقال في قوله فان خرجن المراد به بعد عام العدة وهو محتمل فلا يتم للشارح الندبية في الأمرين وحينئذ فلا يتم ما يأتي من قوله ورد . . . الخ ، وقيل لا نسخ لان الآية الناسخة وهي آية الاربعة الاشهر والعشر ما دلت على نسخ ايجاب السكنى بخصوصه فحديث الفريعة مؤكد حكمها .

(١) **قوله** : إلا ما توهمه ابن حزم . . . الخ ، اقول : هي زينب بنت كعب فانها مجهولة وفي سعد بن اسحاق الراوي عنها بانه غير مشهور العدالة ، واما عبد الحق فانه تبع ابن حزم في ذلك كما في التلخيص وقد تولى عنه الجواب ابن القيم قال وما قاله ابو محمد فغير صحيح فالحديث صحيح مشهور بالحجاز والعراق وادخله مالك في موطئه واحتج به وبنى عليه مذهبه ، واما قوله ان زينب بنت كعب مجهولة عنده فكان ماذا وزينب هذه من التابعيات وهي امرأة ابي سعيد وروى عنها سعد بن اسحاق ابن كعب وذكرها ابن حبان في كتاب الثقات فهي امرأة تابعية كانت تحت صحابي يروى عنها الثقات ولم يطعن فيها بحرف واحتج الأئمة بحديثها وصححوه وسعد بن اسحاق قال ابن معين ثقة وقال الدارقطني والنسائي ايضا ثقة وقال ابو حاتم صالح وذكره ابن حبان في كتاب الثقات وقد روى عنه الناس وخلق من الأئمة ولم يعلم فيه قدح ولا جرح البتة ومثل هذا يحتج به اتفاقا وأطال نقل كلام الناس في أصل المسئلة وحينئذ فظهر ان حديث الفريعة معمول به في السكنى فقط اذ لم يأت الحكم فيه الا في ذلك فلا يتم قول الشارح يشهد للايجاب لانه يريد بشهادته للامرين نعم لصاحب المنار بحث حسن حاصله ان القرآن والسنة انما دلا على وجوب لزومهن بيوتهن لا يخرجن ولا يخرجن وذلك تكليف لهن ولذا لا يجوز لهن الخروج كما جاز للرجعية التي هي في حكم الزوجة في كثير من احكامها وسكناها متاع مثل نفقتها ولذا لا يختلف فيها وحديث الفريعة انما دل على هذا لا على لزوم السكنى للزوج وقد صرحت الفريعة انه ليس البيت للزوج فهو يبين ان السكنى ليس من تكليف الزوج في شيء ولكن تكليف لها والحاصل منع وجوب السكنى على الزوج والقول بالموجب فيما ذكروا من الادلة لكنها انما دلت على ما ذكرنا لا على ما زعموا فعلى هذا لو شئنا قلنا لا ناسخ ولا منسوخ بالنظر الى السكنى انتهى .

حزم وعبد الحق من الجهل بحال سعد بن اسحاق وعمته زينب وسعد قد وثقه النسائي وزينب وثقها الترمذي وذكرها ابن فتحون وابن الاثير في الصحابة ورد بانه مخالف للقياس لانها قالت لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة فأمرها بالوقوف فيما لا يملكه زوجها وملك الغير لا يستحق غيره الوقوف فيه فيكون ذلك [1] قضية عين موقوفة ﴿ و ﴾والمتوفى عنها ﴿ **متى التبست بمطلقة بائنا مدخولتين فلا بد لذات الحيض** ﴾ منهما ﴿ **من ثلاث** ﴾ حيض ﴿ **معها** ﴾ اي مع الاشهر تبتدي ﴿ **من** ﴾ يوم ﴿ **الطلاق** ﴾ وقد عرفناك فيما سبق ان اللبس يوجب الرجوع الى الاصل في كل واحدة منهما فيخاطب بأحكام الاصل وهو عدم كونها هي المطلقة فتعتد عدة الوفاة لا غير ، وانما يتجه ما قاله المصنف على من اوجب الاحوط ولا دليل على وجوبه وان ندب ﴿ **ولهما بعد مضي اقصر العدتين نفقة** [2] **الى واحدة فقط** ﴾ للعلم بان عدة احداهما انقضت بخلاف ما قبل اقصر العدتين فوجوب نفقة كل واحدة منهما متحقق وانما لم يستحقا غير نفقة واحدة بعد مضي اقصر العدتين لانهما يصيران ﴿ **كغير المدخولتين** ﴾ اذا التبس ايهما المطلقة وايهما المتوفى عنها فانهما لا يستحقان الا نفقة واحدة

قلت واما الأوامر في مثل لا تخرجوهن من بيوتهن اسكنوهن من حيث سكنتم فهو ظاهر في الرجعيات اذ السياق فيهن وبهذا تعرف انه لا سكنى على الزوج للمتوفى عنها كما انه لا نفقة عليه لها لخبر فاطمة بنت قيس وانما وجب عليها فقط لزوم المنزل الذي يأتيها فيه نعي زوجها فان كان كرا مثلا لزمها كراه فهو من توابع عدتها كالإحداد ونحوه وفي هذا جمع بين الأدلة وأعمال لحديث الفريعة وليس بقضية عين كما قاله الشارح واما الآيات فليس فيها دلالة على حكم المتوفى عنها في سكنى ولا نفقة وآية الوصية للندب كما قاله الشارح ثم قال قد نسخت والحاصل ان في القرآن في سورة الطلاق إيجاب النفقة لذات الحمل لا غير وفي البقرة إيجابها وللمطلقات متاع بالمعروف وقد خرج من عمومهن الباين بحديث فاطمة بنت قيس الا ان تكون حاملاً لذكر ذلك في حديثها كما خرجت من عموم ضماير اسكنوهن لا تخرجوهن ولا يخرجن وخرجت ايضا المطلقة قبل الدخول بآية الاحزاب فالمتوفى عنها لا سكنى لها ولا نفقة من القرآن لانه أوجب النفقة لذوات الحمل المطلقات لما عرفت ان السياق فيهن والأصل عدم الوجوب ولم يخرج عنه دليل .

(١) قوله : فيكون ذلك قضية عين ، أقول : ما هي القضية الموقوفة هل اثبات السكنى للفريعة او اثباتها في حق الغير بغير اذنه الأول لا يصح لأن الأصل في التشريع العموم ، واما حق الغير فقوله صلى الله عليه واله وسلم لها امكثي في بيتك دال على ان البيت لها والا لما اذن بالاغتصاب ولا ينافيه قولها لم يتركني في مسكن يملكه فانه اذا كان لها صدق انه لا يملكه زوجها .

(٢) تقسم بينهما نصفين

﴿ في الكل ﴾ من العدتين القصرى والطولى لأن احداهما [١] لا تستحق في علم الله نفقة رأساً ﴿ فان اختلفا ﴾ بأن كانت احداهما مدخولة والتبست (في كونها مطلقة) بغير المدخولة ﴿ فقس ﴾ على ما تقدم فالمدخولة تعتد بأربعة اشهر وعشر مع ثلاث حيض ولها نفقة كاملة في اقصر العدتين ونصف نفقة في الزايد وغير المدخولة تعتد بأربعة اشهر وعشر ولا تحتاج الى حيض ولها نصف نفقة تحويلا ﴿ واما ﴾ ان تكون العدة ﴿ عن فسخ من حينه ﴾ [٢] كفسخ الصغيرة لعقد غير ابيها واختلاف الملة والرضاع الحادث بعد النكاح ونحو ذلك فاذا كان الفسخ كذلك ﴿ فكالطلاق الباين ﴾ في العدة [*] قال المصنف اجماعاً وفي نفسي [١] من دعوى الاجماع لأن ابا داود والترمذي اخرجاه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه واله وسلم امر امرأة ثابت بن قيس ان تعتد بحيضة واحدة وهو عند الترمذي ايضاً من حديث الربيع بنت معوذ انها اختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فأمرها ان تعتد بحيضة وعند النسائي انها سألت عثمان رضي الله عنه ماذا علي من العدة فقال لا عدة عليك الا ان تكوني حديثة عهد به فتمكثي حتى تحيضي حيضة ثم قال وانما يتبع في ذلك قضاء رسول الله صلى الله عليه واله وسلم في مريم الغالبية كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس فاختلعت منه انتهى وفي مسند احمد والطبراني من حديث طويل ان النبي صلى الله عليه واله وسلم قال « انما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ما كانت له عليها رجعة » واقول لا شك في ان النفقة والسكنى للعدة [٣] فهما لازماها فاذا انتفيا [٢] انتفت لأن انتفا اللازم يستلزم انتفا

---

(١) قوله : وفي نفسي من دعوى الاجماع أقول : هي دعوى غير صحيحة وقد ذكر ابن القيم ان اعتداد المختلعة بحيضة مذهب عثمان بن عفان وعبد الله بن عمر والربيع بنت معوذ وعمها وذهب اليه اسحاق بن راهوية واحمد في راوية واختاره ابن تمية .

(٢) قوله : فاذا انتفيا . . . الخ ، أقول : هذه لوازم شرعية لا عقلية حتى لا تتخلف فانه قد يثبت الشارع شيئا وينفي لازمه لحكمه فانه قد اثبت عدة الوفاة اتفاقاً ولا يجب فيها نفقة ولا سكنى كما هو الذي قام عليه الدليل ، واما الخلع فالحق انه فسخ كما قدمناه وعدته حيضة للنصوص المذكورة وهل يلحق ساير الفسوخ به . في الحكم أو بالطلاق الأقرب الحاقها به أشبه فلا يجب سكنى ولا نفقة ولا يلزمها الا حيضة واحدة .

(٣) أي العدة الرجعية .

---

*) ثلاث حيض ان كانت من ذوات الحيض او ثلاثة أشهر ان لم تكن منهن .

٣) وهي المطلقة

٣) كاللعان والغيب الحادث بعد الدخول

الملزوم وذلك كله مشكل على القول بان الخلع طلاق وعلى القول بانه فسخ وان الفسخ كالطلاق في وجوب العدة ، وانا الى الآن استخير الله تعالى في ان لا اثبت لغير الطلاق الرجعي والوفاة الا الاستبرا مستنداً الى هذه الادلة وقياس ساير الفسوخ على الخلع لانه فسخ عندي حتى يثبت لي ما يوجب العدة في غير الرجعي والوفاة لان [1] ادلة العدة انما هي في الطلاق الرجعي والوفاة واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عن التي ارتد زوجها فانها ترثه لما سيأتي في احكام المرتدين .

﴿ فصل ﴾

وهي[2] أي العدة تحسب ﴿ **من حين** ﴾ حصول ﴿ **العلم** ﴾ بالفراق ﴿ **للعاقلة**

---

(١) قوله : لأن أدلة العدة . . . الخ ، أقول : أما الطلاق الباين فان قوله صلى الله عليه وآله وسلم لفاطمة بنت قيس رضي الله عنها اعتدي في بيت أم شريك ثم أمرها ان تحول الى بيت ابن ام مكتوم وقوله ليس لها نفقة وعليها العدة والعدة اذا اطلقت ظاهرة في الثلاث الحيض لذوات الحيض ويدل لذلك انه أرسل لفاطمة بنت قيس وكيل زوجها بخمسة آصاع من تمر وخمسة آصاع من شعير فسخطته واستفتت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ذلك فافتاها أنه لا نفقة لها ولو كانت لا يلزمها الا الاستبراء بحيضة لما استقلت ذلك اذ هو قدر نفقة مدة انتظار الحيضة فقد كانت نفقة القوم زهيدة ولأن الناس اطبقوا على ان الباين داخلة تحت قوله تعالى «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» وأطالوا الكلام على عود ضمير بعولتهن الى بعض أفراد العام بما هو معروف في كتب التفسير والأصول وقدمنا قريباً إشارة إليه .

(٢) **فصل وهي من حين العلم**، اقول : الظاهر ما ذكره القسم ومن معه والآية لا تنتهض على اثبات الحكم والتفرقة وقد احسن الشارح في ترجيحه ، واعلم ان الخلاف متفرع عن كون الطلاق سبباً للعدة وهو اتفاق لكن هل هو سبب شرعي تكليفي او سبب وضعي فمن قال انه تكليفي قال انه من حين العلم اذ التكليف لا يكون الا مع العلم بالحكم والا كان من تكليف الغافل ولكن هذا يجري في كل مطلقة اذ السبب واحد فالمسبب عنه في كل مكلف على السواء وحينئذ فيكون في الكل من حين العلم ومن قال الطلاق سبب وضعي قال يقع مسببه من حين الوقوع مطلقاً والتحقيق انه سبب وضعه الشارع علامة لوقوع مسببه كالزوال لوجوب صلاة الظهر فمن لم يعلم بالزوال لم تجب عليه صلاة الظهر ومن علم به وجبت عليه ومثله العدة فيقوى اعتبار العلم في كل مطلقة الا الصغيرة والمجنونة فعلم وليهما كاف فالأقوال ثلاثة من حين الوقوع مطلقاً ورجحه الشارح ومن قبله الامام شرف الدين والثاني من حين العلم وهو الذي رجح لنا ، والثالث التفصيل لأهل المذهب والآية دالة على العلم اذ لا تربص بغيره وفي

الحايل ﴾ ولو قال للمعتدة بالحيض لكان اولى لأن التربص انما أوجب على ذات القروء والا لما كان للفرق بينها وبين غيرها وجه ﴿ **ومن الوقوع** ﴾ اي وقوع الفراق ﴿ **لغيرها** ﴾[١] وقال القاسم والمؤيد والامام يحيى والفريقان ومالك لا فرق بين عاقله حايل وبين غيرها في ان العدة محسوبة من وقت وقوع الطلاق لنا ان قوله تعالى يتربصن بانفسهن مستلزم لعلمهن والا فلا تربص وأجيب بان تكليفهن التربص وان كان شرطه العلم فغايته سقوط وجوبه بالجهل ولا يستلزم كونه شرطاً لترتب البينونة المسببة عن الطلاق على سببها والا لكان التربص جزءاً من السبب او شرطاً له فلا تطلق من لم تنو التربص وان علمت الطلاق ﴿ **و** ﴾ العدة ﴿ **يجب في جميعها** ﴾ أي عدة الطلاق والوفاة والفسخ ﴿ **النفقة** ﴾ اتفاقاً في عدة الطلاق الرجعي وعلى الخلاف الماضي في نفقة عدة الوفاة وكذا في عدة المثلثة لحديث فاطمة بنت قيس وعليها يقاس المختلعة بجامع حرمة المراجعة ان جعل طلاقاً واما اذا جعل فسخاً كما يشهد له حديث امرها تتربص حيضة فقط فلا عدة بالاصالة فضلاً عن نفقة واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عن اثنتين احداهما المعتدة عن خلوة فقط تشبيهاً لها بغير المدخولة وهو[٢] تهافت لأن الخلوة اذا وجبت العدة كانت محبوسة بسببه فلا وجه لسقوط النفقة لأنها تابعة للعدة عند المصنف والاخرى المعتدة عن فسخ بأمر تقتضي النشوز لما عرفت من ان الناشزة لا نفقة لها وفيه نظر أيضاً لأن المختلعة لا بد من كونها ناشزة على أصله لا سيما وطلبها المخالعة نشوز أيضاً فيلزم ان لا تجب لها نفقة عنده وهو **يأبى ذلك** وان كان هو الحق ﴿ **و** ﴾ يجب ﴿ **اعتداد الحرة**(*) **حيث وجبت** ﴾ اي في المكان الذي بلغها فيه الطلاق ﴿ **ولو في سفر** ﴾ لا خوف فيه ولا ضرر ولكن لا يتحتم الوقوف في محلها في السفر الا اذا كانت قد صارت في ﴿ **بريد فصاعداً** ﴾ والا رجعت حتماً وقال الشافعي تخير المكلفة بين الرجوع وتمام السفر مطلقاً ﴿ **سواء كان سفر بريد ام لا** ﴾ وقال ابو يوسف ومحمد تتم

= عدة الوفاة يتربص بأنفسهن اربعة اشهر وعشر او الأصل في كل تكليف من التكاليف ان لا يجب الا مع العلم فقول الشارح انه شرط يسقط بالجهل محل النزاع واين دليل سقوطه ، واما الالزام بانها لا تطلق من لم تنو التربص فملتزم فالاعمال بالنيات .

(١) اي غير العاقلة الحايل وهي الصغيرة والمجنونة والحامل .

(٢) **قوله** : وهو تهافت هو كما قال لأنهم جعلوها كالدخول فيلزم احكامه كلها وتقدم للشارح رحمة الله وقويناه انها ليست كالدخول فلا يحترز عنها .

(*) واما الأمة والمدبرة وام الولد فانه لا يلزمها ذلك .

السفر مطلقاً لنا عموم ولا يخرجن قالوا ينتقلن من بيوتهن لأنه عطف على الاخراج المقيد بالبيوت ، واما خروج فاطمة بنت قيس فانما كان لانها كانت بذية اللسان على احمائها كما ثبت[١] ذلك في حديثها المشهور واخرج مسلم عنها انها قالت للنبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم اخاف ان يقتحم علي فاذن لها بالانتقال ثم ذلك انما يشكل على من اوجب السكنى للمثلثة ايضاً ﴿ و ﴾ لغير الباين ان تخرج النهار لحاجتها لكن ﴿ **لا تبيت الا في منزلها** ﴾ وتقدم[٢] حديث خاله جابر رضي الله عنهما في الباين ايضاً وانما وجب المبيت في المنزل لحديث ان رجالاً استشهدوا بأحد فقال نساؤهم يا رسول الله انا نستوحش في بيوتنا افنبيت عند احدانا فاذن لهن ان يتحدثن عند احداهن فاذا كان وقت النوم تأوي كل واحدة الى بيتها اخرجه الشافعي وعبد الرزاق عن مجاهد مرسلاً ومثله عن عبد الرزاق من قول ابن مسعود وفي الموطا من حديث نافع ويحيى بن سعيد ان ابن عمر رضي الله عنه كان ينهى المتوفى عنها والمبتوتة ان تبيت الا في بيتها ﴿ **الا لعذر فيهما** ﴾ أي في المقيمة والمسافرة كعذر فاطمة بنت قيس المقدم وكما نقل امير

---

(١) **قوله** : كما ثبت ذلك في حديثها المشهور ، اقول : هذا وقع تأويلاً لحديث فاطمة من جماعة من السلف القايلين بوجوب السكنى اخرج ابو داود من حديث ابن المسيب وفيه ان ابن المسيب قال لمن يسأله عن خروج فاطمة من بيتها واعتدادها في بيت غيره تلك امرأة ثبت للناس انها كانت بذيئة اللسان فوضعت على يدي ابن ام مكتوم ومثله اخرج عن سليمان بن يسار وهذا من جملة المطاعن في حديثها الا انه قد رده ابن القيم فقال ما ابرده من تأويل واسمجه فان المرأة من خيار الصحابة وفضلائهم ومن المهاجرات الأول وممن لا يحملها رقة الدين وقلة التقوى على فحش يوجب اخراجها من دارها وان تمنع حقها الذي جعله الله لها ونهى عن اضاعته ويا عجباً كيف لم ينكر عليها النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم هذا الفحش ويقول اتقى الله وكفي لسانك عن إيذاء اهل زوجك واستقري في منزلك وكيف يعدل عن هذا الى قوله لا سكنى ولا نفقة انتهى. واعلم ان هذا من الشارح استدلال لمن اوجب لها السكنى والا فقد سلف انه لا سكنى لها وقد نبه على ذلك هنا واذا كان لا يشكل الا على من اوجب السكنى والنفقة وهو شرح قول المصنف حيث وجب والمصنف لا يوجب سكنى للباين فلا وجه لذكره حديث فاطمة هنا كما لا يخفى.

(٢) **قوله** : وتقدم حديث خالة جابر ، اقول : فيه انه اذن لها صلىّ الله عليه وآله وسلّم ان تخرج من مسكنها لجذاذ نخلها ولم يأمرها ان تبيت فيه لكنه يقيد بحديث نساء شهداء احد المرسل فهو مفيد جواز خروج الباين وليس فيه تعرض لأمر السكنى فلا ينافي حديث فاطمة فيجتمع من المرفوع والمرسل انها لا تخرج من منزلها الا لحاجة او عذر وهذا شيء واجب عليها من جملة احكام العدة وفيه بعد تأمل فهو من المحلات التي اضطربت فيها الأقوال.

المؤ منين كرم الله وجهه ابنته ام كلثوم بعدما استشهد عمر رضي الله عنه بسبع ليال كما اخرجه الشافعي والبيهقي والثوري في جامعه وفيه لأنها كانت في دار الامارة ومنه قال الشافعي ان علياً عليه السلام كان يرحل المتوفى عنها لا ينتظر بها ﴿ و ﴾ يجب ﴿ **على المكلفة** (*) **المسلمة الاحداد** ﴾ وهو ترك الطيب والزينة لحديث ان امرأة جاءت الى النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال لا مرتين[1] أو ثلاثاً ثم قال انما هي اربعة اشهر وعشر وقد كانت احداكن ترمي بالبعرة[2] رأس الحول اخرجه الجماعة من حديث زينب بنت ابي سلمة عن امها ام سلمة وعند الشيخين وأبي داود من حديث ام عطية كنا ننهى ان نحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج اربعة اشهر وعشر ولا نكتحل ولا نتطيب ولا نلبس ثوباً مصبوغاً الا ثوب عصب وقد رخص لنا عند الطهر اذا اغتسلت احدانا من محيضها في نبذة من قسط او اظفار وفي الموطا وأبي داود والنسائي من حديث ام سلمة لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل، وقالت

(١) **قوله** : لا مرتين او ثلاثاً ، اقول : اخذ منه ابو محمد بن حزم وطائفة من السلف والخلف انها لا تكتحل المحدة ولو ذهبت عيناها ليلاً ولا نهاراً وقال احمد ومالك وابو حنيفة والشافعي وغيرهم ان اضطرت الى الكحل بالاثمد تداوياً لا زينة فلها ان تكتحل به ليلاً وتمسحه نهاراً واحتجوا بحديث ام سلمة وانها قالت في كحل الجلا انها تكتحل ما لا بد منه ليلاً وتغسله نهاراً وهو غير مرفوع وبحديثها في الصبر واذنه صلىّ الله عليه وآله وسلّم فيه ليلاً وامرها بغسله نهاراً وقد جمع بين الحديثين أبو عمر بن عبد البر فقال إن المشتكية عينها هي التي نهاها صلىّ الله عليه وآله وسلّم عن الاكتحال لم تبلغ بها الضرورة الى ان تخاف ذهاب بصرها ولو بلغ بها ذلك لاباحه لها كما اباحه لأم سلمة التي قال لها افعليه بالليل وامسحيه بالنهار والأول من فتوى ام سلمة رضي الله عنها الا انه قد قيل انه تفسير منها لحديث النهي وبيان انه نهى عن الزينة لا عن التداوي.

(٢) **قوله** : ترمي بالبعرة ، اقول: بالموحدة فرا معروفة وتفسيرها في الرواية قالت زينب كانت المرأة اذا توفي عنها زوجها دخلت خفشا (١ ح) ولبست شر ثيابها ولم تمس طيباً ولا شياً حتى تمر لها سنة ثم تؤتى بدابة حمار او شاة فتقتض به فقل ما يفتضى بشيء الا مات ثم تخرج فتعطي بعره فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره .

(*) سيأتي في المنحة ذكر الخلاف في الصغيرة وفي فتح الباري في شرح حديث اخراج النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم التمرة من الصدقة من فم الحسن عليه السلام ما لفظة وفي الحديث جواز ادخال الاطفال المساجد وتاديبهم بما ينفعهم ومنعهم يضرهم من تناول المحرمات وان كانوا غير مكلفين ليتدربوا بذلك واستنبط بعضهم منه منع ولى الصغيرة اذا اعتدت من الزينة.

(١ ح) الخفش البيت الصغير وفي القاموس افتضت المرأة كسرت عدتها بمس الطيب او غيره او الكت جسدها بدابة او طير فيكون ذلك خروجاً عن العدة.

دخل عليَّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حين توفي ابو سلمة وقد جعلت عليَّ صبرا فقال ما هذا يا ام سلمة فقلت انما هي صبر يا رسول الله ليس فيها طيب فقال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وانتزعيه بالنهار ولا تمشطي بالطيب ولا الحنا فانه خضاب قلت فبأي شيء امتشط يا رسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك وفي الباب غير ذلك الا ان اصرحها في الوجوب ما ذكر واشتراط[1] التكليف بناء على ان الاحداد ثابت بخطاب التكليف والظاهر انه ثابت بخطاب الوضع لأن الموت سبب للاحداد كالجنابة سبب للغسل وقد تقدم ان الصغيرين يمنعان عما يمتنع منه الجنب وتقدم ما فيه ايضاً واما اشتراط الاسلام فبناء على ان الكفار غير مكلفين بالشرعيات تكليفيها ووضعيها وقد تكرر الكلام في ذلك ، وانما يجب الاحداد ﴿ **في غير الرجعي** ﴾ اما المتوفى عنها فلما سمعت وخالف الحسن في وجوبه ايضاً واختلف في الباين فقال الهادي والمؤيد والامام يحيى ومالك والشافعي وربيعة وعن احمد لا احداد عليها ، وقال علي وزيد وتخريج ابي العباس وابو حنيفة والثوري والحسن بن صالح وقول للشافعي يلزمها قال المصنف وهو المذهب احتج المصنف بان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم نهى المعتدة ان تختضب قال وهو عام الا ما خصه دليل ، واجيب بمنع وجود النهي بصيغة العموم وانما النهي للمتوفى عنها كما تقدم قلنا القياس دليل ، قالوا لا يصح في الاسباب لعدم الجامع وفي لفظ لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد فوق ثلاث على غير زوج وهو مطلق يحمل على المقيد وتقيد بالعادة ايضاً فان نساء

---

(١) **قوله** : واشتراط التكليف ، اقول : قال ابن القيم ان الاحداد يستوى فيه ـ جميع ـ الزوجات المسلمة والكافرة والحرة والامة والصغيرة والكبيرة وهذا قول الجمهور احمد والشافعي ومالك ومن قال لا تلزم الكافرة استدل بقوله صلىّ الله عليه وآله وسلّم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر فكأنه قال من التزم الايمان فهذا من احكامه وواجباته ، قال : والتحقيق ان نفى حل الفعل على المؤمنين لا يقتضى نفي حكمه على الكفار ولا اثبات الحل لهم ايضاً وانما يقتضى ان من التزم الايمان وشرائعه فهذا لا يحل له ويجب على كل احد ان يلتزم الايمان وشرائعه ، ولكن لا يلزمه الشارع شرائع الايمان الا بعد دخوله فيه وهذا كما لو قيل لا يحل لمؤمن ان يترك الصلاة والزكاة والحج فهذا لا يدل على ان ذلك حل للكافر وهذا كما قيل في لباس الذهب لا ينبغي هذا للمتقين فلا يدل على انه ينبغي لغيرهم وكذا قوله لا ينبغي لمؤمن ان يكون لعاناً وسر المسألة ان شرائع الحلال والحرام والايجاب انما شرعت لمن التزم اصل الايمان ومن لم يلتزمه وخلى بينه وبين دينه فانه يخلى بينه وبين شرائع الدين الذي التزمه كما خلى بينه وبين اصله ما لم يحاكم الينا وهذه القاعدة متفق عليها بين العلماء ثم ابان عذر من قال يلزم الذمية الإحداد بان ذلك اذا كانت تحت مسلم فان الإحداد حق له لزمها بواسطة عقد النكاح لا من كانت تحت ذمي .

العرب كن لا يفعلن الاحداد الاعلى الميت ﴿ **وتجب**[١] ﴾ على المرأة ﴿ **النية فيهما** ﴾ اي في العدة والاحداد ﴿ **لا** ﴾ انه يجب عليها ﴿ **الاستيناف** ﴾ للعدة ﴿ **لو تركت** ﴾ النية ﴿**او الأحداد**﴾[*] والا لزم ان لا تنقضي عدة من تركتهما رأساً ﴿ **وما ولد قبل الاقرار** ﴾ من الزوجة ﴿ **بانقضائها** ﴾ اي انقضا العدة ﴿ **لحق** ﴾ نسبه بالزوج ﴿ **ان امكن منه حلالاً**[*] ﴾ وهو يمكن ﴿ **في الرجعي** ﴾ اذا كانت عدتها بالحيض لا بالاشهر ﴿ **مطلقاً** ﴾ سواء[٢]اتت به لأربع سنين من يوم الطلاق او اكثر لانا نجوز ان يكون راجعها في كل وقت مما مضى وهذا اذا لم يختلفا في الرجعة فان اختلفا فسيأتي تحقيقه ﴿ **و** ﴾ اما ﴿ **في البابن** ﴾ فيلحق نسب الولد بالزوج اذا اتت به ﴿ **لاربع** ﴾ سنين من يوم الطلاق ﴿ **فدون** ﴾ لأنها

---

(١) **قوله** : وتجب النية ، اقول اهمل الشارح الدليل على هذه الدعوى واستبدل المصنف لذلك بان الاحداد عبادة والأعمال بالنيات وانما لكل امرء ما نوى قال ولعل الحجة في وجوبها في العدة قوله تعالى (يتربصن) والتربص انما يكون مع النية قال واما كونها غير شرط في صحة العدة، فلأن العدة ليست بعبادة بدليل لزومها على الصبية والمجنونة والكافرة وليس كل واجب يفتقر الى النية كازالة النجاسة وقضاء الدين واما كون الاحداد ليس بشرط في صحة العدة فلأنه تعبد مستقل بنفسه والتربص امر مستقل فلا يتوقف صحة احدهما على صحة الآخر.

(٢) **قوله** : سواء أتت به لأربع سنين. . الخ، اقول : ومثل كلام الشارح في شرح الازهار وشرح الاثمار تعليل اللحوق مطلقاً بتجويز المراجعة وفي النفس من هذا التعليل واثبات حكم شرعي وهو لحوق النسب المترتب عليه الارث والخلوة بقرايب الزوج وغير ذلك على هذا التجويز وقد تقرر في الأصول انه لا عمل في الاحكام الشرعية الا بعلم وان تعذر فبالظن ، والتجويز لا يفيد علماً ولا ظناً لأن معناه تردد النظر بين طرفي كل واحد من طرفي المجوز وهذا غاية ما يحصل به الشك في كل واحد من الطرفين هل واقع ام لا والشك لا يثبت به حكم اتفاقاً فكيف تنبني عليه هذه المسألة العظيمة الخطر ثم هذه المسألة(١.ح) قد هدمت على اهل المذهب اصلاً قد قرروه وهو ان اكثر مدة الحمل اربع سنين ومعناه ان من ادعى عليها زيادة فهو كاذب وهنا قالوا يلحق مطلقاً ولو بعد عشرين سنة ولنا رسالة في هذه المسألة مستقلة جواب سؤال اشكل على الحكام في الديوان.

(*) عطف على مقدر وهو النية.

(*) احتراز من ان يطلقها بل البلوغ طلاقاً بايناً وتبلغ في العدة وتأتي بولد فانه لا يمكن كونه من الزوج عن وطء حلال لأنها باينة أو يطلقها قبله رجعياً ثم مصيت ثلاثة أشهر قبل البلوغ لم يراجعها فيها ثم اتت بولد فلا يلحق به في هاتين الصورتين .

(١.ح) لا يخفى ان هذا غير لازم لهم ولا هادم لاصلهم لانهم قالوا يجوز انه قد راجعها فتأمل

اكثر مدة الحمل فلا يلحق ما اتى بعدها وفيه ما تقدم من ان المجهول انما يحمل على الأغلب لا على النادر ﴿ **وكذا** ﴾ لو اتت بالولد ﴿ **بعده** ﴾ اي بعد الاقرار بانقضاء العدة ﴿ **بدون ستة اشهر** ﴾ من وقت انقضا العدة فانه يلحق في الرجعي مطلقاً (*) وفي الباين لأربع سنين فما دون من يوم الطلاق لأن اقرارها انكشف كاذباً ومظنة اللحوق باقية فتعتبر لكن (١) هذا انما يتمشى اذا لم ينف الولد بلعان ﴿ **لا** ﴾ اذا اتت بالولد بمدة تقدر ﴿ **بها** ﴾ اي بالستة الاشهر ﴿ **او بأكثر** ﴾ فلا يلحق لأن الظاهر صحة الاقرار ﴿ **الا** ﴾ ان يكون ﴿ **حملا ممكنا من المعتدة بالشهور لليأس** ﴾(*) لا للصغر فانه لا يلحق بعد الاقرار بانقضاء العدة(٢) ، وانما لحق في الآيسة لأن ظهور الحمل دل على كذب ظنها لليأس واستلزم بطلان اقرارها الا ان فيه بحثاً وهو ان الاقرار ان استقل سبباً لاسقاط المظنة فلا وجه للفرق بين الآيسة والصغيرة وان لم يستقل سبباً لاسقاط المظنة لم يكن له تأثير في نفي ولد الصغيرة لبقاء المظنة ولزم قول(٣) السيد يحيى في لحوقه لجواز انه وطيها في العدة فتكون رجعة ويلحق به ولو لأكثر من اربع سنين لأن الاقرار صار كلا (٤) اقرار فاستوى الحكم بتقدير حصوله وعدمه كما مر .

---

(١) **قوله** : لكن هذا انما يتمشى . . الخ ، اقول : هذا مما لا يحتاج الى ذكره فان الزوجة التي تحته لم تخرج بطلاق يجري فيها جواز النفي باللعان ايضاً فيلزم ان تعتد به على محل يثبت فيه الفراش .

(٢) اي الاقرار بها .

(٣) **قوله** : ولزم قول السيد يحيى ، اقول : في الغيث قال السيد يحيى اذا طلقت الصغيرة طلاقاً رجعياً ثم بلغت وهي في العدة ثم أقرت بانقضائها ثم جاءت بالولد لستة اشهر من يوم الاقرار فقيل لا يلحق لأنه حمل تام بعد العمل على انقضاء العدة ، وقال السيد يحيى يلحق اذا اتت به لأربع سنين من يوم الطلاق لجواز انه وَطِئَها في العدة وتكون رجعة والزمه الفقيه حسن ان يلحق ولو جاءت به لأكثر ، قلت وهو الزام لا محيد عنه انتهى . وبه تعرف ان الشارح جعل الزام الفقيه حسن قولاً للسيد يحيى وادخله في كلامه .

(٤) اي في الصغيرة .

(*) اي سواء مضت اربع سنين قبل الاقرار او اكثر او اقل .

(*) وصورة ذلك ان تدعى المرأة انها قد صارت آيسة من الحيض لأجل الكبر فتعتد بالاشهر وتقر باً بانقضائها ثم ظهر بها حمل فان ظهور الحمل يدل على كذبها في ذلك الاقرار فكأنها لم تقر فيلحق به في الرجعي مطلقاً وفي الباين لأربع سنين فدون .
مسألة : ومن وطيت بشهة حرة او امة استبراها من هي تحته حفظاً للنسب .

﴿ فصل ﴾

﴿و﴾ إذا قد علمت ان العدة في الطلاق والموت والفسخ فاعلم ان ﴿ **لا عدة فيما عدا ذلك لكن تستبر الحامل من زنا للوطء** ﴾ لا للعقد فلا استبراء ﴿ **بالوضع** ﴾ لئلا يسقي الرجل بمائه زرع غيره كما تقدم في حديث النهي عنه وقال ابو العباس وابن سيرين وأبو يوسف وعن أبي حنيفة تستبر للعقد ايضاً اجراء للمظنة[١] مجراً المئنة[٢] وعن أبي حنيفة لا تستبرا لهما ويدفعه حديث النهي عن ان يسقي الرجل بمائة زرع غيره ، وأما غير الحامل فلا يجب استبراؤ ها وقال مالك وربيعة واسحاق على الموطوة زنا ان تعتد حاملاً أو حائلاً لأن الوطء سبب العدة ولهذا لا عدة على المطلقة قبل الدخول ، قلنا بل رعاية لحرمة الزوج المخالط قالوا تختلط الأموا قلنا مظنة لم يعتبرها الشرع ، قلت بل[٣] معتبرة بحديث « لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة وحديث لا يحل لامرءٍ يؤ من بالله واليوم الآخران يقع على امرأة حتى يستبريها » تقدماً[٤] ولا يقال ذلك وارد في السبي لأنا نقول لا يقصر العموم على سببه ولو سلم فالعلة معقولة والقياس دليل ﴿و﴾ اما[٥] ﴿ **المنكوحة باطلاً** ﴾ كمن نكحت في

فصل ولا عدة . . .

(١) وهو العقد اذ هو مظنه الوطء .

(٢) وهو الوطء .

(٣) قوله : قلت بل معتبرة . . . الخ ، قلت هذا الحق وقد أحسن الشارح رحمه الله باختيار وجوب الاستبراء على حامل وحايل فان الحديث عام للزرع الخبيث والطيب وربما كان في السبايا من هي زانية في حكم الشرع كمن كانت تحت زوجها على بعض أنواع عقود الجاهلية ولا فرق بين السبي وغيره فالحديث عام للزرع الخبث والطيب ولان صيانة ماء الواطى عن الماء الخبيث حتى لا يختلط به أولى من صيانته عن الماء الطيب ولان حمل الزاني وان كان لا حرمة له ولا لمائه فحمل هذا الواطى وماؤه محترم فلا يجوز له خلطة بغيره ولان هذا مخالف لسنة الله في تمييز الخبيث من الطيب وتخليصه منه والحاق كل قسم بمجانسه ومشابهه والذي يقضي منه العجب تجويز من جوز من الفقها الاربعة العقد على الزانية قبل استبرائها ووطيها عقيب العقد فتكون الليلة عند الزاني وقد علقت منه والليلة التي تليها فراشاً للزوج ومن تأمل كمال هذه الشريعة علم انهاتأبى ذلك كل الابا وتمنعه كل المنع وكذلك الزوج لوزنت امرأته وجب عليه استبراؤ ها بحيضة اذا قيل لا يجب تطليقها أفاد ذلك ابن القيم رحمه الله .

(٤) في باب وعلى واهب الامة .

(٥) قوله : واما المنكوحة باطلاً أقول هذا البحث صحيح لا محيص عن قبول حكمه .

العدة (ودخل بها الزوج) جهلاً أو انكشفت رضيعة ﴿ **والمفسوخة من أصله** ﴾ أي لاختلال في العقد كمن نكحت بغير ولي أو شهود ففسخه الحاكم ﴿ **وحربية اسلمت عن كافر وهاجرت** ﴾[1][1*] فإن هؤلاء عليهن أن يتربصن ﴿ **كعدة الطلاق** ﴾ على التفصيل الذي مرّ في العدة [2*] أما الحربية التي اسلمت عن كافر فقد تقدم الكلام على تربصها في فصل ما يرتفع به النكاح ، وأما المنكوحة باطلاً والمفسوخة من أصله ففي إيجاب عدة الطلاق عليهما بحث هو ان العدة فرع الزوجية والزوجية فرع ثبوت العقد والباطل حكمه حكم العدم فلا تأثير له في احكام الزوجية فقياسه ان يكون حكم الوطء به حكم وطء الزنا لا فرق الا بالحد وعدمه وسقوط الحد (بالشبه) لا يوجب احكام الزوجية ، وأما المفسوخة بالحكم فالحكم انما يحتاج اليه في مواضع الخلاف وإنما يرتفع النكاح فيه بالحكم فهو كالفسخ[2] من حينه وتقدم الكلام عليه ولو كان على هؤلاء الثلاث عدة الطلاق لما كان لقوله ﴿ **الا ان المنقطعة الحيض** ﴾ منهن اذا كان انقطاعه ﴿ **لعارض** ﴾ أن تنكح بعد أن تربص ﴿ **أربعة أشهر وعشراً** ﴾ وجه يخرجها عن وجوب انتظار اليأس الذي تقدم وجوبه على المعتدة ﴿**و**﴾ تستبرأ ﴿ **أم الولد** ﴾ لنكاح غير سيدها بعد ان ﴿ **عتقت** ﴾ باعتاق سيدها ﴿ **بحيضتين** ﴾ أو وضع الحمل وقال زيد والباقر والصادق والناصر وأبو حنيفة بثلاث حيض ، وقال الشافعي بحيضة لنا ان العدة انما شرعت للزوجات وانما اوجبنا الحيضتين قياساً للعتق[*] على البيع ونحوه وقد وجبت واحدة على البايع وواحدة على المشتري وتقدم الكلام في عدم وجوب شيء على البائع وبذلك[3] يصح قول الشافعي رحمه الله تعالى ﴿ **وندبت** ﴾ حيضة ﴿ **ثالثة للموت** ﴾ لما يروى عن علي عليه السلام من طريق الشعبي انه قال في أم الولد اذا مات عنها سيدها تعتد بثلاث حيض قال المصنف وهو توقيف ، قلت الا انه يقضي بالوجوب لا الندب الذي ادعاه

---

(١) قال المصنف او لم تهاجر تمت غيث .

(٢) أي انها تعتد بحيضة .

(٣) قوله : وبذلك يصح قول الشافعي ، أقول : هذا الحق فإن المقصود ليس إلا براءة الرحم وهي حاصلة بالحيضة والحكم التي طولت لها عدة المطلقة من تروي الزوج وصيانة حرمته مفقودة هنا .

(١ *) في المنار حشية البحر ما لفظه الذي احتج به فيما مضى قصة صفوان وعكرمة وزوجيهما ولم يقع لهما هجرة اذ لا هجرة بعد الفتح وذكر في الغيث ان الظاهر انه لا وجه لاشتراط الهجرة فدل على انه ذكرها على جهة الاشتراط جرياً على كلام الاصحاب انتهى .

(٢ *) أي الحامل بوضع جميعه والحايض بثلاث حيض والصغيرة والآيسة بثلاثة أشهر .

(*) هذا القياس استدل به المصنف في البحر ويلزم منه ان الحيضتين استبراء للمعتقة مطلقاً فناقض ما سيأتي له .

ولأن رواية الشعبي معارضة برواية[١] خلاس عن علي عليه السلام انه قال تعتد بأربعة أشهر وعشر وهو مذهب الأوزاعي والمروي عن الناصر واختاره الامام يحيى واذ قد اختُلِفَت على علي عليه السلام تساقطت الروايتان ووجب الرجوع الى قياس الإماء وهو الاستبراء (بحيضة)[٢] لا غير ﴿و﴾ تستبرأ الأمة ﴿ **المعتقة للوطء بالنكاح** ﴾[٣] لا للعقد فيجوز قبل الاستبراء ﴿ **بحيضة** ﴾ قياساً على من تجدد له عليها ملك كما تقدم واجيب بالفرق والا لزم[٤] وجوب

---

(١) **قوله** : برواية خلاس عن علي ، أقول: خلاس بن عمرو وبكسر الخا المعجمة وتخفيف اللام آخره سين مهملة قال ابن القيم خلاس بن عمرو عن علي قد تكلم في حديثه فقال أيوب لا يروى عنه فانه صحفي وكان مغيرة لا يعبأ بحديثه وقال احمد روايته عن علي يقال انه كتاب وقال البيهقي روايةخلاس عن علي ضعيفة عند أهل العلم بالحديث يقال هي صحيفة ثم قال وان ثبت عن علي وعمر ما روي عنهما فهي مسألة نزاع بين الصحابة والدليل هو الحاكم وليس مع من قال عدتها أربعة أشهر وعشر الا التعلق بعموم المعنى اذ لم يكن معهم لفظ عام ولكن شرط عموم المعنى تساوي الافراد في المعنى الذي ثبت الحكم لاجله فما لم يتحقق ذلك لم يتحقق الالحاق والحق ان احكام أم الولد أحكام الاماء لا أحكام الزوجات ولهذا لم تدخل تحت قوله تعالى «ولكم نصف ما ترك ازواجكم» وغيرها ولم تدخل تحت والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجاً يتربصن ويلزم من جعلها كالحرة ان يورثها وأما القول بالثلاث الحيض وهو قول عطا والثوري والنخعي وابي حنيفة وحكى عن علي وأبن مسعود رضي الله عنه فقال انه لا وجه له فانما الثلاث الحيض عدة الزوجة المطلقة وصدق فالصواب انها تستبرأ بحيضة وهو قول عثمان وعايشة وعبدالله بن عمر والحسن والشعبي والقسم بن محمد وابي قلابة ومكحول ومالك والشافعي واحمد في أشهر الروايات عنه وقول ابي عبيد وابي ثور وابن المنذر وهو الذي اختاره الشارح وبه تعرف ان كلام المصنف لم يقله احد قبله ودليله احدى الرواتين عن علي رضي الله عنه ولا وجه لحمل بعض الثلاث على الوجوب وبعضها على الندب .

(٢) بحيضة .

(٣) **قوله** : بالنكاح ، أقول : هذا اللفظ (١ . ح) مشترك مستدرك لا حاجة اليه .

(٤) **قوله** : والالزم وجوب أستبرأ الحرة أقول: إذ هي قد صارت بالعتق حرة فلا محيص عن الالزام وهذه المسألة هي التي انتفقت لابي يوسف مع الرشيد وهو ما حكاه القاضي احمد بن خلكان ان الرشيد طلب ابا يوسف في بعض الليالي فدخل عليه واذا عنده عيسى بن جعفر فقال الرشيد يخاطب ابا يوسف اتدري يا يعقوب لما دعوتك قلت لا قال دعوتك لاشهدك على هذا ان عنده جارية سألته ان يهبها لي فامتنع وسألته ان يعتقها فأبى والله لئن لم يفعل لاقتلنه فالتفت الى عيسى وقلت وما بلغ الله بجارية تمنعها أمير المؤمنين وتنزل نفسك هذه المنزلة فقال لي عجلت علي في القول قبل ان تعرف ما عندي قلت وما في هذا

استبراء الحرة للنكاح وتقدم قول البتي وداود انه لا يجب استبراء غير المسبية المزوجة لأنها مظنة للحمل دون غيرها كما تقدم والاستبراء يجب ﴿ **ولو** ﴾ كان نكاحها ﴿ **لمعتق** ﴾ لها لكن انما يجب عليه الاستبراء اذا اعتقها ﴿**عقيب شراء ونحوه** ﴾[1] لا لو تراخى العتق عن الشراء قدر مدة الاستبراء فانه لا يجب على معتقها استبراؤ ها للنكاح .

﴿ فصـل ﴾

﴿**و**﴾ الرجعة تثبت ﴿ **لمالك الطلاق** ﴾ وهو الزوج[*] ﴿ **فقط** ﴾ كما تقدم ﴿ **ان طلق رجعياً** ﴾ لا ثلاثاً أو خلعاً أو قبل الدخول ولا بد أن يراجع ﴿ **ولما يرتد احدهما** ﴾ لأن الردة توجب الفسخ كما علمت والفسخ يتبع الطلاق وان لم يتبع الطلاق الطلاق والفسخ لا رجعة بعده الا ان المؤ يد ومن تقدم معه يقولون لا يقع الفسخ بمجرد الردة وانما يقع بانقضاء العدة ولما يرجع المرتد وقد تقدم البحث في ذلك في فصل الفسخ ، ولا يصح الا ﴿ **مراجعة من لم تنقض عدتها** ﴾ لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك فقيد استحقاق الرد بكونه في مدة التربص ﴿ **ويعتبر** ﴾ في مدة استحقاق الرجعة ﴿ **في الحائض كمال الغسل** ﴾ من الحيض ﴿ **أو ما في حكمه** ﴾ من تيمم أو مضي وقت صلاة اضطراري بعد طهرها وقال أبو حنيفة ان انقطع حيضها لتمام عشر فبانقطاعه والا فبغسل أو تيمم صلت به أو بمضي وقت صلاة

= من الجواب قال ان علي يميناً بالطلاق والعتاق وصدقة ما املك أن لا أبيـع هذه الجارية ولا أهبها فالتفت إليَّ الرشيد وقال هل له في ذلك من مخرج قلت نعم قال وما هو قلت يهب لك نصفها ويبيعك نصفها فيكون لم يهبها ولم يبعها قال عيسى ويجوز ذلك قلت نعم قال فأشهدك اني قد وهبته نصفها وبعته نصفها الباقي بمائة الف دينار ثم قال أين الجارية فأتي بها وبالمال فقال خذها يا أمير المؤ منين بارك الله لك فيها فقال الرشيد يا يعقوب بقيت واحدة قال وما هي قال هي مملوكة ولا بد ان تستبرأ وواللہ لان لم أبت معها ليلتي هذه اني أظن نفسي ستخرج فقلت يا أمير المؤ منين تعتقها وتزوجها فان الحرة لا تستبرأ قال فاني قد أعتقها فمن يزوجنيها قلت انا فدعا بمسرور وحسين فخطبت وحمدت الله زوجته اياها انتهى . قلت ولا ريب ان هذه من الحيل الباطلة فان فيها اسقاط ما أوجبه الله تعالى من الاستبرا الذي جعله لصيانة الرحم من اختلاط المئاة فيه فانه قد يكون عيسى وطيها قبل دخوله على هرون بساعة أو يوم أو أسبوع فهذه حيلة محرمة باطلة تحيل على حكم الله وحكمته .

(١) من ارث أو هبة أو نذر أو سبق .

(*) لا يخفى ان قيد بالنكاح لا حاجة اليه اصلاً فلا مفهوم فتأمل وقد حذفه في الاثمار .

(*) قد يصح من السيد ان يراجع امرأة عبده لانه لا يملك الطلاق .

كامل وقال المؤيد والامام يحيى برؤية الطهر ولا دخل للغسل ونحوه في العدة وقواه المصنف ، واما من يرى ان العدة بالاطهار كالشافعي ومن ذكر معه فيما تقدم فتنقطع الرجعة برؤية دم الحيضة الثالثة ، لنا[١] في اعتبار الغسل وما في حكمه قوله تعالى وأحصوا العدة ومن لم تغتسل فأحكام الحيض باقية عليها واجيب بان مدة الرجعة مدة الحيض لا مدة احكامه والا لما انقضت العدة بالنفاس الا بانقضاء احكامه والاجماع قائم على انقضائها فيه بمجرد الوضع لا بالغسل منه ونحوه ﴿ و ﴾ الرجعة ﴿ **تصح وان لم تنو** ﴾ سواء كانت باللفظ أو بالوطء لكن يأثم مع الوطء وقال مالك لا تصح إلا بنية لنا ان النية لا تشترط الا في العبادات لا في الأسباب لأنها من خطاب الوضع وتقدم حديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ومنهن الرجعة وما في ذلك من نزاع ، والرجعة تحصل ﴿ **اما بلفظ** ﴾ صادر من ﴿ **العاقل** ﴾ غير الصبي وزايل العقل ﴿ **غالباً** ﴾ احتراز عن السكران فالخلاف في رجعته كالخلاف في طلاقه ﴿ **أو بالوطء أو أي مقدماته لشهوة مطلقاً** ﴾ أي سوى كان عاقلاً أو غير عاقل وعلى أي حال كانت المرأة وقال الامام يحيى والشافعي لا تصح الرجعة بالوطء ومقدماته لنا ان العدة مدة خيار والاختيار يصح بالفعل ولهذا يبطل الخيار في البيع بنحو التقبيل كما سيأتي ان شاء الله تعالى ، واجيب بمنع ان العدة مدة خيار والا [٢] لزم في الباين قلنا لم يعتبر رضاها ولا وليها فلا يفتقر الى لفظ لأن الفاظ العقود انما تعتبر لدفع التناكر

(١) قوله : في اعتبار الغسل ، أقول : أما المصنف فاستدل في الغيث بما روى عن علي انه قال في المطلقة يحل لزوجها الرجعة عليها حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وتحل لها الصلاة انتهى . وقال ابن القيم انه قول علي وعمر وابن مسعود قال وهم ، أعلم بكتاب الله تعالى وما أنزل الله تعالى على رسوله وقد روى هذا المذهب عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعثمان بن عفان وأبي موسى وعبادة وأبي الدردا وهذا القول له وجه من الفقه فان المرأة اذا انقطع حيضها صارت في حكم الطاهرات من وجه وفي حكم الحيض من وجه والوجوه التي هي فيها في حكم الحيض أكثر من الوجوه التي هي فيها في حكم الطاهرات فانها في حكم الطاهرات في صحة الصيام ووجوب الصلاة وفي حكم الحيض في قراءة القرآن عند من حرمه على الحايض واللبث في المسجد والطواف بالبيت وتحريم الوطء وتحريم الطلاق فاحتاط الخلفاء الراشدون وأكابر الصحابة للنكاح ولم يخرجوها منه بعد ثبوته الا بيقين ولا ريب فيه وهو ثبوت حكم الطاهرات في حقها من كل وجه ازالة لليقين بيقين مثله اذ ليس جعلها حايضاً في تلك الاحكام اولى من جعلها حايضاً في بقاء الزوجية وثبوت الرجعة وهذا من أدق الفقه والطفه مأخذاً انتهى ، الا ان كلامه ظاهر من انه لا حكم لما جعلوه في حكم الغسل وأما نقض الشارح لذلك بالقياس ان النص الصريح وهو قوله تعالى اجلهن ان يضعن حملهن هو الدليل الفارق فأنه جعل الاجل نفس الوضع وأكده الاجماع .

(٢) قوله : والالزم في الباين ، أقول : لا لزوم لنص الشارع بحرمتها فما هي مدة خيار الا للرجعي على ان (ح) طايعة أو مكرهة أو حائض أو محرمة .

ولا وجود له هنا ﴿و﴾ اجيب بأنها لو صحت بالوطء ومقدماته لم ﴿ **يأثم العاقل إن لم ينوها به** ﴾ واللازم باطل اتفاقاً لأنهما يكونان حينئذ كاللفظ ولا يأثم من لم ينو باللفظ الرجعة لأنها تثبت من الهازل كما تقدم ولا نية له ﴿ و ﴾ أما ان الرجعة تصح ﴿ **بلا مراضاة** ﴾ فإجماع في المجمع عليها وأما المختلف فيها فكذا ان اتفق مذهبهما والا فلا بد من الحكم ﴿ و ﴾ تصح ﴿ **مشروطة بوقت** ﴾ حالي واستقبالي ﴿ **أو غيره** ﴾[١] ﴿ **مبهمة** ﴾ بأن يراجع احدا مطلقتين لا على التعيين خلافاً لأبي طالب لنا القياس على طلاق المبهمة وعورض بأن الرجعة اشبه بالنكاح من الطلاق ولا يصح فيه الابهام ورد بالمنع مسنداً باشتراك الرجعة والطلاق في ملكه التعيين بخلاف النكاح فلا يملكه وقد يمنع عدم صحة نكاح احد امرأتين على التخيير للناكح أو المنكح كما سيأتي في البيع ان شاء الله تعالى كما يصح ان تقول للرجل وليتك مراجعة طليقتي ﴿و﴾ اذا كان ﴿ **مولاه** ﴾ فالتولية رد للخيار الى المولى فهو تمليك للاختيار وفسره صاحب الشرح بالتوكيل بالرجعة وهو خلاف الظاهر من ـ لفظ ـ التولية ﴿**ولو**﴾ كانت التولية ﴿ **لها** ﴾ أي للزوجة بأن يقول لها وليتك امر المراجعة فاذا اختارت الرجعة ثبتت ﴿و﴾ لو راجعها فضولي فأجاز الزوج المراجعةكان ﴿**في اجازتها نظر**﴾ متردد بين قياسها على الطلاق في عدم لحوق الاجازة له وبين قياسها على النكاح في عدم لحوق الاجازة له ورجحه المصنف لأن الطلاق انما لم تلحقه الاجازة لأنه استهلاك وقد تقدم تحقيقه ﴿و﴾ المرأة ﴿**يجب**﴾[٢] على المراجع ﴿ **الاشعار** ﴾ لها بالرجعة لئلا تنكح بعد انقضاء العدة وفيه نظر

= المصنف استدل ايضاً باطلاق قوله تعالى «وبعولتهن أحق بردهن» في ذلك وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم فليراجعها فانه لم يخص قولاً من فعل واستدل في التحفة للشافعي بان ابتدا النكاح لا يحصل بالفعل .

(١) ونحو اذا جاء زيد فقد ارجعتك .

(٢) **قوله** : ويجب عليه الاشعار ، أقول : كان أحسن منه ابداله بوجوب الاشهاد الذي امر الله تعالى به في قوله وأشهد واذوي عدل منكم وهو ظاهر في الوجوب على الفراق بالمعروف والامساك به وقال الشافعي يجب على الامساك أعني الرجعة هذا القديم وفي الحديث يندب فيها دون الطلاق فيندب عنده وكأنه قام له دليل على الندبية والا فظاهر الآية عدم التفرقة الا انه قال ابن حجر صرفه عن الوجوب اجماعهم على عدمه عند الطلاق فكذا الامساك قلت وقوله «وأشهدوا وأقيموا الشهادة لله ذلكم يوعظ به من كان يؤمن بالله» فيه ما يؤكد الوجوب غاية التأكيد وهو ظاهر في الأمرين .

لأن نكاحها مع الجهل لكونها مزوجة ليس معصية حتى يجب عليه تخليصها من الوقوع في المحذور وانما فوت بعدم الاشعار حقه فيها ولا يجب عليه حفظه كما لا يجب عليه امساكها فالحق كون الاشعار شرطاً لاستحقاق الرجعة كما ان طلب الشفعة شرط لاستحقاقها لأن المطلقة ملكت امر نكاحها بالطلاق كملك المشتري للمبيع بالعقد فلما قضى الشرع بأن الزوج احق بها من غيره كان كالشفيع ان لم يطلبها في المدة المضروبة للطلب بطلت احقيته وان طلب من ليس له طلبه ﴿ **ويحرم** ﴾ على المراجع قصد ﴿ **الضرار** ﴾ بالمراجعة بتطويل العدد عليها لكل تطليقة لما تقدم من حديث عائشة في سبب نزول قوله تعالى « الطلاق مرتان » وحققنا بذلك عدم صحة مراجعة من لا يريد بها اصلاح النكاح فلا نطول باعادته .

﴿ فصل ﴾

(في اختلاف الزوجين في الطلاق والرجعة) (**والقول**[*] **لمنكر الباين** ﴾ من الزوجين لأن الأصل بعد ثبوت الزوجية عدم البينونة فهو الظاهر ومدعي البينونة مدع لخلاف الظاهر واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو أراد الزوج بدعوى البينونة اسقاط حق عنه كما لو انكر الدخول (أسقط عنه نصف المهر المسمى) وادعت الدخول (كان القول قوله) وفيه نظر فان كون القول قوله في انكار الدخول انما يثبت لأن الطلاق لا يستلزم الدخول فكان الأصل عدم الدخول بخلاف ما اذا وقع التصادق على الدخول وادعى البينونة فان الأصل عدمها فلا يقبل دعواه لها الا فيما هو له لا فيما هو عليه ﴿ **ولتمتنع** ﴾ منه وجوباً اذا علمت انه طلقها طلاقاً بايناً لأن تمكينها نفسها محظور لكن لا يجب عليها الامتناع منه الا ﴿ **مع القطع** ﴾ بحرمة الرجعة والقطع انما يكون بمسائل الاجماع المنقول تواتراً كما لو علمت انه قد طلقها ثلاثاً تخللهن[٢] الرجعة المجمع على صحتها وانه طلقها قبل الدخول بالاجماع واما مسائل في الخلاف

(*) **فصل** والقول لمنكر الباين .

(١) **قوله** : لا فيما هو له . . . الخ ، أقول : قال المصنف وأعلم ان الزوج اذا أدعى انه طلقها منذ نهار فالقول قولها انه لم يطلق فيما مضى بالنظر الى الحقوق الواجبة لها فاما بالنظر الى حل الوطء فلا لان اقرار الزوج في حكم الطلاق .

(٢) للسنة .

(*) قوله والقول لمنكر الباين وذلك في ثلاث صور حيث ادعت انه طلقها بعوض أو هو ادعى ذلك أو ادعت انه أوقع عليها ثلاثاً .

فان اتفق مذهبهما في حصول البينونة وكان مجتهداً أراد مخالفة مذهبه تشهياً فكمسائل الاجماع والا ترافعاً الى الحاكم فيجب اتباع ما حكم به مجتهداً لا مقلداً فلا أثر لحكمه لكن في امتناعها مع القطع ايضاً اشكال لأنه يستلزم جواز عدم امتثال حكم الحاكم فيما علم احد الخصمين مخالفته للقطعي وجهله الحاكم كما لو حكم بمال زيد لعمرو بشهادة كاذبة في الواقع مستورة في الظاهر فلا بد لنا من ان [1] نوجب على زيد تسليم ماله وان كان الحكم خطأ وإلا وجب تخصيص عموم وجوب امتثال الحكم ولم يُخصصوه وان قالوا انه لا ينفذ الا ظاهراً لا باطناً كما سيأتي ان شاء الله تعالى[*] ﴿و﴾ القول ﴿ **لمنكر وقوعه في وقت مضى** ﴾[1*] وقد أشرنا لك آنفاً الى ان القياس قبول قول مدعى مضى الوقت فيما له لا فيما عليه فلو كان المدعى لمضي الوقت هو الزوج قبل قوله في انتهاء مدة الرجعة لا في سقوط نفقة العدة والعكس فيما لو ادعته المرأة ونحو ذلك ﴿و﴾ كذا القول لمنكر وقوعه ﴿ **في الحال ان كان** ﴾[*]المنكر هو ﴿ **الزوج** ﴾[2*] لأن المرأة تدعى خلاف الأصل ﴿و﴾ اما ان القول ﴿ **لمنكر تقييده** ﴾ ـ نحو ان يقول طلقتك بشرط أن يأتي زيد) ففيه نظر لأن مدعى التقييد منكر لوقوعه والقول[2] بأن الأصل عدم التقييد قول من لا يعرف الأصل من الفرع فان معنى كون الشيء أصلاً كونه هو الظاهر والاطلاق لا

(١) **قوله** : من ان توجب على زيد . . . الخ ، أقول : وان أوجبنا عليه تسليم ماله فأنه لا يحل لعمرو ولا يجب على زيد في نفس الأمر وبينه وبين الله تعالى ويجوز له مخالفته ومطلبه ذلك كذلك هنا (١ . ح) فانه قطعي لم يحكم الحاكم بخلافة فهو مقتض سالم عن المعارض فيجب اتباعه باطناً وظاهراً وقد أشار اليه بقوله وأن قالوا . . . الخ .

(٢) **قوله** : والقول بان الاصل عدم التقييد ، أقول : قال المصنف في تعليل الحكم لانهما قد تصادقا على وقوع الطلاق واختلفا في تقييده والاصل عدم تقييده ولا كلام انه باطل كما قاله الشارح لانه لم يصادق على الوقوع اذ لم يقع عنده الا تقييده والمراد بالوقوع الايقاع لا الحكم بوقوعه .

(*) واذا اختلفا في وقوع الطلاق فالقول . . . الخ .

(*) نحو ان يقول طلقتك الآن .

(١ . ح) **هذا وهم** فان مراد الشارح اذا أدعت البينونة المجمع عليها فأنكر الزوج ذلك وترافعا الى الحاكم فحكم لمنكر الباين لزم اما مدافعتها له لانه مع القطع بالحرمة عندها فلم تمتثل حكم الحاكم فأين دليل تخصيصه الامتثال أو امتثال الحكم لزم المدافعة مع القطع والله أعلم . كاتبه .

(١ *) **نحو ان تقول** طلقتني بالامس او يقول طلقتك أمس .

(٢ *) واما لو كانت هي المنكرة لوقوعه في الحال كان أقرار الزوج به في الحال طلاقاً فلا تكون القول قول المنكر هنا .

يكون ظاهراً الا عند العلم بعدم التقييد ﴿و﴾ القول لمنكر ﴿ **حصول**[١*] **شرطه** ﴾ لأن الأصل عدم تحقق الحصول ، وأما قوله ﴿ **ممكن البينة** ﴾ عليه فمقدار أدبه ان لا يكون مما لا يعرف الا من جهة مدعي حصوله كما لو شرط طلاقها بحيضها فقالت حضت كان القول قولها في مدة تحتمل حصوله [٢*] لكن [١] هذا التقييد (*) مفسد لأنه لو طلقها ان كان هذا الطائر غراباً فذهب الطائر ولم يعرف كونه غراباً أم لا لم تطلق لأن الأصل عدم كونه غراباً مع ان القول قول منكر وقوع الشرط غير ممكن البينة عليه ﴿و﴾ القول لمنكر ﴿ **مجازيته** ﴾ يحتمل[٢] رجوع الضمير الى الشرط والى الطلاق وهو الجزاء وقد مثل في الشرح مجازية اداة الشرط كما لو ادعى احدهما ان مستعمله للمضي مع انها حقيقة في الاستقبال والكل مستقيم لأن المجاز في كل لفظ خلاف الأصل ﴿و﴾ اذا اتفقا على ان الشرط مقيد بكيفية واختلفا في كيفية الشرط كان القول ﴿ **للزوج في كفيته** ﴾ نحو ان يقول أحدهما الشرط دخول الدار قهقرى وقال الآخر بل امماً كان[٣] القول قول الزوج ﴿و﴾ القول ﴿ **لمنكر الرجعة** ﴾ اذا كان التناكر ﴿ **بعد التصادق على انقضاء العدة** ﴾ لأن مدعي الرجعة يدعي حقاً الظاهر من الحال خلافه ﴿لا﴾ اذا ادعى الرجعة ﴿ **قبله** ﴾ أي قبل التصادق على انقضاء العدة ﴿ **فلمن سبق** ﴾ بدعواه اذا كان التداعى واقعا ﴿ **في** ﴾ المدة

---

(١) **قوله** : لكن هذا التقيد مفسد ، أقول : غايته ان يهجر (١ . ح) المفهوم منه لدليل عليه والخطب هين .

(٢) **قوله** : يحتمل رجوع الضمير . . . الخ ، أقول : بهذا الوجه صرح المصنف انه مراده ومثل بكلمة ان الشرطية انها حقيقة في الاستقبال كما مثل به الشارح وقوله والكل محتمل أي عود الضمير اليه او الى الطلاق ولكن بعد تصريح المصنف بمراده زال الاحتمال .

(*) وهو قوله ممكن البينة .

(٣) **قوله** : كان القول ، قول الزوج ، أقول : لم يذكر الشارح وجهه وقال المصنف انما كان القول للزوج في كيفية الشرط لانه اذا خالفها في الكيفية فهو في حكم المنكر لوقوع الشرط الذي قيد به الطلاق والاصل عدم وقوعه فالقول قوله .

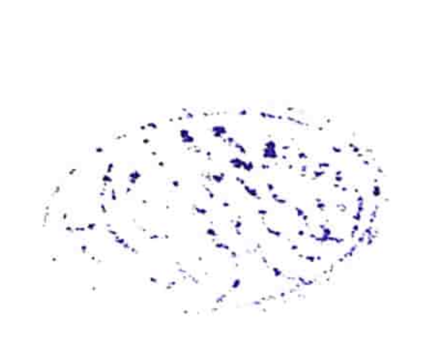
(١ *) **نحو ان يتفقا على انه طلقها بشرط دخول الدار واختلفا في حصول الدخول** .

(٢ *) كما لو ادعت الحيض وهي بنت خمس عشرة سنة لا دونها .

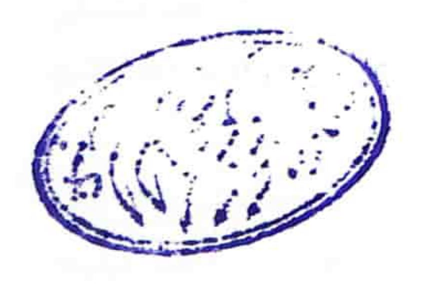
(١ . ح) الظاهر ان تخصيص المفهوم لا بهجر فتأمل .

﴿ **المعتادة** ﴾ لانقضاء العدة وفيه بحث لأن مضي المدة المعتادة ان كان دليلاً ظاهراً لانقضاء العدة كما هو الظاهر فلا أثر للسبق في اسقاط الدليل وان لم يكن دليلاً ظاهراً فلا أثر للسبق أيضاً لأن الأصل عدم مضي العدة ﴿**و**﴾ بهذا يكون القول ﴿ **للزوج** ﴾ في وقوع الرجعة اذا ادعت المرأة انقضاء عدتها ﴿**في**﴾ المدة ﴿ **النادرة** ﴾ كبينونة العدة بها ﴿**و**﴾ القول في العدة ﴿ **لمنكر مضيها** ﴾ - اي العدة - واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عن دعوى المرأة لمضيها في مدة معتادة فان القول قولها مع يمينها اذ لا يعرف الا من جهتها ﴿ **فان** ﴾ كان انقضاء العدة ﴿ **ادعاء الزوج** ﴾ وهي منكرة ﴿ **حلفت في دعوى** ﴾ الزوج ﴿ **انقضاء الحيض الآخر** ﴾ فقط لأن انقضاء الأول لا يفيده اسقاطاً عنه والتحليف ﴿ **كل يوم مرة** ﴾ الى تمام عشرة أيام اذا الفرض التصادق على وقوع أوله اما اذا لم يتصادقا على أوله فلا وجه للتحديد بالعشرة ﴿**و**﴾ كان الحكم كما ﴿ **في انكارها الجملة** ﴾ فانها تحلف ﴿ **كل شهر مرة** ﴾ لكن قوله الجملة ان اراد به انكارها فراغ العدة كما هو الظاهر من اسم الجملة فذلك هو انكار فراغ الحيض الآخر وان أراد به انكار وقوع حيض ما فلا وجه لتحليفها الا في كمال ثلاثة اشهر من يوم الطلاق ثم يعد ثلاثة اشهر من يوم التحليف.

وبالجملة كان يكفي المصنف عن هذا الفصل ان يقول ويبين مدعى خلاف الأصل ﴿**و**﴾ اذا ادعت من كانت مزوجة انها طلقت وانقضت عدتها فانها ﴿ **تصدق من لا منازع لها في وقوع الطلاق وانقضاء عدتها** ﴾ لأنها في يد نفسها والمدعي لغيرها حقاً عليها فضولي لا تسمع دعواه .



بـــاب الظهـــار [1]





(١) **باب الظهار** : أقول : سمي به لتشبيه الزوجة بظهر نحو الام وخص لانه محل الركوب والمرأة مركوب الزوج ومن ثمة سمى المركوب ظهراً وكان طلاقاً في الجاهلية قيل وأول الاسلام وقيل لم يكن طلاقاً من كل وجه بل لتبقى معلقة لا ذات زوج ولا خلية تنكح غيره قاله في التحفة .

﴿ فصــل ﴾

﴿ صريحه قول مكلف مختار ﴾ لأنه كالطلاق وقد علمت اشتراط التكليف والاختيار مما سبق ﴿ مسلم ﴾ بناء على ما مضى غير مرة من ان خطاب التكليف والوضع لا يتعلقان بالكافر ، وانما الظهار ﴿ لزوجة ﴾[1] ومن جوز طلاق الأجنبية جوز ظهارها وجوز مالك ظهار المملوكة لنا الآية والأحاديث في الزوجات كما سيأتي ، قالـوا القياس[2] دليل لا يمنعـه مفهوم الاسم ولأنه يمين لا طلاق واليمين لا يختص بالزوجة ، ولا بد ان تكون ﴿ تحته ﴾ لا مطلقة ولو رجعياً وقال المؤ يد والامام يحيى والفريقان الرجعية زوجة وأجاب المصنف بمنع[3]

---

(١) **قوله** : لزوجة ، أقول : وأختلف لو قالت الزوجة لزوجها انت علي كظهر أمي فقال مالك ليس على النساء ظهار قال ابن عبد البر وهو قول جمهور العلماء وروى عن الزهري انه قال قد قالت منكراً من القول وزورا أرى ان تكفر ككفارة الظهار قال ولا يحول قولها هذا بينها وبين زوجها ان يصيبها وروى ابن حريج عن عطا قال حرمت ما أحل الله لها فعليها كفارة يمين انتهى من الاستذكار قلت والحق قول الجمهور .

(٢) **قوله** : والقياس دليل ، أقول : قد يقال وأين الجامع ان قيل حل الوطء لزم استوا المملوكة والزوجة في جميع الاحكام ولا قايل به واستدل ابن عبد البر للذي قال تقع المظاهرة من الأمة (١ . ح) بظاهر قوله تعالى يظهرون من نسايهم والا مأمن النساء بدليل قوله تعالى وأمهات نسائكم ولذلك حرمن لكونهن أمهات ازواج وحجة من لم يوقع على الأمة ظهاراً انه جعل الآية مثل قوله تعالى للذين يولـون من نسائهم وقد أجمعت الأمة على ان ليس ايلا الرجل من أمته بايلاً وأنها يمين لا حكم لها الا الكفارة كساير الايمان ولما لم يلحق الأمة ايلا ولا لعان كذلك لا يلحقها ظهار انتهى بمعناه قلت ولكل قول حجة تقاوم الاخرا فعندي توقف في الحكم والله تعالى أعلم .

(٣) **قوله** : بمنع انها زوجة أقول : هذا خلاف ما سلف له في احكام الرجعية من التوارث وتحريم الاخت والخامسة فأنه علل تلك الاحكام بانها زوجة وان زعم الاجماع في بعضها فقد جعل مستندة ذلك فيلزمه طرد ذلك أو منعه لا التلون من غير دليل لكنا رأينا كلام المصنف في البحر فرأيناه استدل لمنع كونها زوجة للقسمية لا للمذهب ولا اختاره لنفسه فلا يرد عليه انه تلون من غير دليل فما كان للشارح نسبة المنع للمصنف .

(١ . ح) الظاهر ان كلام ابن عبد البر في الظهار من الزوجة الأمة لا من المملوكة والقائل بعدم صحته منها موسى بن جعفروالبتى من الناصرية كما في البحر لا من المملوكة ولذا قال لكونهن أمهات أزواج فتأمل والله أعلم . كاتبه .

انها زوجة ، قلت ولهذا لا يلحقها الطلاق قبل المراجعة وأما ما قيل من ان من حكم بأن الطلاق يتبع الطلاق حكم بصحة ظهار المطلقة رجعياً فمبني[١] على ان الظهار باقٍ على كونه طلاقاً لم ينقله الشرع وليس كذلك وانما هو يمين لا تسريح ولهذا لم يقصر على حد كالطلاق ، واما قوله ﴿ **كيف كانت** ﴾[٢] فأشار به الى ما يروى عن الناصر من عدم صحة ظهار الصغيرة وغير المدخولة وهي رواية مغمورة عنه ، ثم لفظ الظهار صريح وكناية فصريحه ﴿ **ظاهرتك أو أنت مظاهرة** ﴾ بناء على ان لفظ الظهار صار حقيقة شرعية بحيث يكون هو ﴿ **أو تشبيهها أو جزء منها بجزء من أمه** ﴾ المجمع على كونه(*) ظهاراً سببين لأحكام الظهار وفيه نظر لأن لفظ الظهار اسم للتشبيه المذكور والاحكام[٣] انما تثبت للمسمى(*) لا للاسم وهو لفظ الظهار والا

---

(١) **قوله** : مبني على ان الظهار باق . . . الخ ، أقول : أو على انه اذا لم يمنع الطلاق وقوع الطلاق فلا يمنع وقوع الظهار وهذا بالاولى لان مراد القايل بأنه يصح ظهار المطلقة انه يقع ظهار أوله احكام غير أحكام الطلاق ، وأعلم انه قال ابن القيم هذا التشريع للظهار قد أبطل ما كانوا عليه في الجاهلية وفي صدر الاسلام من كون الظهار طلاقاً ولو صرح بنيته له فقال انت علي كظهر أمي أعني به الطلاق لم يكن طلاقاً وكان ظهاراً وهذا بالاتفاق الا ما عساه من خلاف شاذ وقد نص عليه احمد والشافعي وغيرهما قال الشافعي ولو ظاهر يريد طلاقاً كان ظهاراً او طلق يريد ظهاراً كان طلاقاً هذا لفظه فلا يجوز ان ينسب الى مذهبه خلاف هذا ونص احمد انه اذا قال انت علي كظهر أمي أعني به الطلاق كان ظهاراً ولا تطلق وهذا لان الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فنسخ فلم يجزان يعاد الى الأمر المنسوخ وايضاً فان أوس بن الصامت انما نوى الطلاق على ما كان عليه وأجري عليه حكم الظهار دون الطلاق وأيضاً فانه صريح في حكمه فلم يجز جعله كناية في الحكم الذي ابطله الله تعالى بشرعه وقضاء الله احق وحكمه أوجب انتهى .

(٢) صغيرة او كبيرة حرة أو أمة .

(٣) **قوله** : والاحكام انما تثبت للمسمى ، أقول : الاسم الظهار مسماه التشبيه لها او لجزء منها بأمه أو بجزء منها فالاحكام انما هي للمسمى ضرورة ان الاسم لا تثبت له الاحكام الشرعية الا لدلالته على مسماه فانها لا تجب الصلاة على لفظ زيد بل على مسماه كذلك هنا لا يكون ظاهرتك ظهاراً له احكامه لانه الاسم والاحكام لمسماه الذي هو التشبيه كما يدل عليه ما في القاموس الظهار قوله لامرأته انت علي كظهر أمي فجعله اسما مسماه القول التشبيهي فما قاله الشارح هو الحق والا فلو ثبت احكام المسمى للاسم لكان من قال لآخر ضربتك متعدياً عليه لان مسمى مصدره الضرب اذا وقع خارجاً على المخاطب كان متعدياً ولا يقوله احد .

(*) صفة لتشبيهها .

(*) وهو التشبيه .

لزم ان يكون من قال للآخر ضربتك متعدياً وقال زيد والناصر ينعقد الظهار بالتشبيه بالعمة والخالة وسائر المحارم ﴿ نسباً ﴾ لا رضاعاً وقال أبو حنيفة[١] يصح بكل المحارم من نسب أو رضاع لنا لم يرد في غير الام من النسب نقل وأجيب بأن العلة معقولة وهي[٢] الحرمة وهي موجودة في غير الأم والقياس أحد الأدلة ولا محيص عنه لمن أثبت القياس بتخريج المناط ويشهد له ما عند أبي داود من حديث أبي تميمة الهجيمي ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سمع رجلاً يقول لامرأته يا أُخيَّة فكره ذلك ونهى عنه ثم لا يكون الظهار صريحاً الا اذا ذكر باسم جزء من الأم ﴿ مشاع ﴾ كأنت عليَّ كنصف أمي أو نحوه ، أما لو قال كأمي كانت كناية كما سيأتي الا ان في كون ذلك الجزء المشاع صريح ظهار نظر لأن معنى[٣] الصراحة كون اللفظ

---

(١) **قوله** : وقال ابو حنيفة ، أقول : وبقوله قال الشافعي ففي المنهاج وشرحه والتشبيه بالجدة ظهار والمذهب طرده أي حكم الظهار في كل محرم شبه بها من نسب أو رضاع أو مصاهرة وقال ابن عبد البر عن الشافعي روايتان أحدهما ان الظهار لا يصح الا بالام وحدها وهو قول داود والثاني انه يصح بذوات المحارم من النسب والرضاع .

(٢) **قوله** : وهي الحرمة ، أقول : أما الحرمة فهي موجودة في الاجنبية ايضاً فيلزم قول مالك ان التشبيه بالاجنبيات ظهار قال ابن عبد البر ان هذه رواية ابن القسم عن مالك ان من ظاهر من امرأته بأجنبية انه ظهار وروى عنه غيره انه طلاق انتهى الا ان يقال أراد الحرمة الموبدة الا ان كراهته صلى الله عليه وآله وسلم للقائل يا أخية ولم يحكم عليه بأنه ظهار يدل انه لا حكم لغير الام لكنه يقال ليس بتشبيه فما هو من مسمى الظهار الابدعوى انه أريد بالتشبيه ما يعم التبليغ الذي ذهب جماعة الى انه استعاره ثم انه يحتمل انه أريد تشبيهها بالاخ الذكر إذ هذه عبارة تنطلق عليه ، وأما وجه الكراهة والنهي فلانه ذريعة الى تأليف اللسان بما قد يؤ ول الى الظهار فهو نهي تنزيه وقد ثبت ان الخليل عليه السلام قال للملك الذي أراد أخذ زوجته هي أختي .

(٣) **قوله** : لان معنى الصراحة . . . الخ ، أقول : هو ظاهر مقابلتهم له بالكناية والظاهر ان الصريح عندهم ما يتبادر المراد منه الى السامع بل الظاهر انه حقيقة في معناه أعني التركيب برمته في المشبه والمشبه به والاداة فانه لا يتبادر منه الا ذلك وأما قوله انه تشبيه لم يصرح فيه بوجه الشبه وهو محتمل لوجوه فلا احتمال بل ما يراد منه الا التحريم والقول بانه اعنى التركيب برمته من المشبه والمشبه به والاداة لا يتبادر منه ذلك وانه ليس بظاهر في تحريم الوطء دعوى غير مقبولة بل هو ظاهر في تحريم الوطء ويأتي للشارح تصريحه به ، ويأتي له ايضاً مناقضة نفسه والمختار انه ظاهر في تحريم الوطء لانه المعتاد في مثل هذا التركيب على ان فيه بحثاً يأتي ولا حاجة الى التقدير لان المراد متعين وكلام الشارح ظاهر في انه لا بد لصرايح الظهار من النية وان نيته يحرم الوطء للفظ الظهار توجب حكم الظهار وان لم يرده كما قاله

حقيقةفي الظهار، والظهار من أصله سواء ذكر باسم الأم جملة ﴿**أو عضو**﴾ منها ليس بصريح في تحريم الوطء المرتفع بالكفارة لأنه تشبيه لم يصرح فيه بوجه الشبه وهو محتمل لوجوه ولأنه من مجاز الحذف كما في حرمت عليكم أمهاتكم فلا بد من تقدير اتفاقاً والتقدير مرجعه النية ومن ادعى وضعه لتحريم مقيد بكونه يرتفع بالكفارة فقد[١] جهل أن حكم الشيء لا يدخل في ماهيته ومن سلم من ذلك الجهل عرف صحة ما قاله والدُنا في الياقوتة من ان نية تحريم الوطء المطلق موجبةٌ لحكم الظهار ، واما زيادة ﴿ **متصل** ﴾ فقد احترز به عما لو علقه بما أبين من أعضائها ، وأما[٢] الاحترازية عن دمها وريقها وروحها فلا تسمى عضواً ﴿ **ولو** ﴾ [٣] كان العضو من أمه ﴿ **شعراً ونحوه** ﴾ مما لا تحله الحياة كالظفر والسن وقال أبو حنيفة لا ينعقد الظهار بذكر ما يجوز له النظر اليه من امه فضلاً عن ان ينعقد بذكر شعر او نحوه لنا ان[٤] معنى الظهار تحريم الاستمتاع وهو تحريم في أي جزء من امه متصل فاذا قال اي هذه الألفاظ الصرائح ﴿ **فيقع** ﴾ الظهار اي تلزمه احكامه الآتية ﴿ **ما لم ينو** ﴾ بهذه الألفاظ ﴿ **غيره** ﴾ قالوا وغيره اما الطلاق أو تحريم العين أو التحريم المطلق أو اليمين او تحريم الوطء . وفيه أبحاث أحدها ان كان المراد بنفيه عدم نية غيره نفيه فيما بينه وبين الله تعالى فمسلم ولكن جدوى مثل

= السيد يحيى وفيه شبه التناقض حيث حكم انه لا بد من نية الظهار لان التقدير مرجعه النية ثم حكم بان نية تحريم الوطء ظهار بغير نية .

(١) قيل الوطء أو ما في حكمها .

(٢) **قوله** : وأما الاحتراز به عن دمها . . . الخ ، أقول : هذه اشارة الى ما ذكره المصنف في الغيث وأما المصنف فلم يرد الٰى ما يسمى عضوا كما صرح به من الغيث الا ان من أين ان العضو المبان من الاعضاء يخالف المتصل فان الحرمة التي للمتصل باقية للمنفصل .

(٣) **قوله** : ولو كان العضو من أمه شعرا اقول : في القاموس العضو بالضم ويكسر كل لحم وافر بعظمه انتهى . فالشعر والظفر لا يسميان عضواً فلو قال الشارح رحمه الله ولو كان الجزء شعراً وقد أحسن المصنف حيث قال رامياً بعبارة مختصرة ولو تشبيهها بجزء من أمه لا تحله الحيوة الا ان عبارة الازهار قاضية ان الشعر يقال له عضو فاغتر الشارح بها .

(٤) **قوله** : لنا ان الظهار . . . الخ ، أقول : هذا يرد ما اختاره من كلام السيد يحيى في ان نية تحريم الوطء ظهار لان ذلك ليس مسمى الظهار وقد قرر هنا ان مسماه هذا المعنى العام لا يخفى ان هذا المعنى العام قد شمل تحريم الوطء .

ذلك قليلة على الفقيه لأنه انما يهتم ببيان ما يجب عنده من الحكم عند المرافعة الى الحاكِم وان أراد أن الحاكم لا يحكم بالظهار بالصرائح اذا ادعى المظاهر انه نوى غير موضوعها فخطأ بَـيِّـن وثانيها[١] ان نفيه عند ارادة اليمين ان كان المراد ان الحلف به لا يصح فخطأ لأنه كالطـلاق والعتاق وسيأتي صحة الايمان المركبة منها وان أريد أنه يكون يميناً عند عدم التركيب بناء على انه كناية تحريم فقد دخل في نية التحريم ، وثالثها انه ان أريد أن تحريم العين لا ينصرف الى المقصود منها فخطأ[٢] أيضاً لأنهم اختاروا ان تحريم الأعيان غير مجمل وانه ظاهر في تحـريم المعتاد منها فتحريم الخمر منصرف الى شربه وتحريم الميتة الى أكلها وتحريم الزوجة الى وطئها والحكم عند الترافع انما يكون بالظاهر ورابعها ان نفي الظهار عند ارادة تحريم الوطء مبني على ان الفاظ الظهار قد صارت حقيقة شرعية لتحريم يرتفع بالكفارة قبل الوطء فيجب في تحققه عدم نية غير هذا المفهوم وهذا سرف في التنطع لأن الآية اوجبت الكفارة على من لا يعرف[٣] هذا

---

(١) **قوله** : وثانيها . . . الخ ، أقول : قد صرح المصنف بمراده وانه اذا نوى اليمـين كان يمينـاً بمنزلـة التحريم وتداخل الاقسام أمر سهل وكان أهم من هذا البحث الثاني ان يقال على نية الطلاق به أنه قد صرح المصنف انه اذا نوى به الطلاق يكون طلاقاً وتلزمه احكام الطلاق والظهار معاً فهو ينافي قوله ما لم تنو غيره فانه أفاد ان نية الغير تنافي وقوع الظهار وحكم بوقوعه مع نية الطلاق واذا عرفت هذا عرفت اندفاع البحث الخامس فانه بناه على عدم ايجاب الكفارة مع نية الطلاق وهو خلاف ما صرح به المصنف وتعرف انه كان يحسن ذكر الخامس قبل الثاني على ترتيب لفه .

(٢) **قوله** : فخطأ ايضاً ، أقول : قد نبه المصنف على هذا فقال بعد حكاية القول بان تحريم العين يمين يلزم فيه كفارة يمين قيل وهذا فيه نظر لان العين لا تكون نفسها محرمة وانما يتعلق التحريم بالافعال المتعلقة بها انتهى . قلت وهذا مختار جمهور الاصولين الا انه لا يذهب عنك ان الشارح قدم قريباً ان حرمت عليكم أمهاتكم من مجاز الحذف وانه لا بد من تقدير والتقديرمرجعهالنية وهذا ينادي انه ليس بظاهر في شيء يتبادر منه وهو معنى الاجمال وهنا جزم بانه ظاهر في تحريم المعتاد كما هو الصواب .

(٣) **قوله** : على من لا يعرف هذا المفهوم أقول : هذا حق بل ايجاب حكم الظهار الزم به أوس بن الصامت مع انه لم يقصد به الا الطلاق كما اسلفناه فالحق ان من تلفظ بالظهار ولو جاهلا لمعناه او قاصداً به الطلاق انه يلزمه حكم الظهار فاما لو قصد تحريم الوطء فلا شك ان هذا بعض لازم مسمى الظهار وحكم الله لم يرد الا فيمن طلق بلفظ الظهار أو أراد تعليق المرأة لا خلية ولا مزوجة وأما من قصد أنه لا يطأ فقط فهذا مما لم ينطبق عليه النص ولا الحقه القياس بل اما ان يقال لا يلحق به غير ما ورد عليه أو يقال لا اعتبار بنية لخلافه اصلاً لا فيما بينه وبين الله تعالى ولا فيما بينه وبين ظاهر الحكم لانه تعالى لم يعتبر نية أوس بن الصامت .

المفهوم وكيف لا ولم تثبت الكفارة الا بعد الحكم بوقوع الظهار فكيف يتوقف على العلم بايجابه للكفارة وعلى العلم بأنه يرتفع بها ولهذا قال والدنا في الياقوتة من افتى بأن نية تحريم الوطء ليس بظهار فقد [١] خلع ربقة الاسلام من عنقه وخامسها ان نية الطلاق لا ترفع قبح اللفظ والكفارة انما وجبت لقبح اللفظ ونكارته كما صرحت به الآية لا لأجل الرغبة عن الزوجة فسبب الكفارة موجود وان نوى به الطلاق لأنه كان طلاق الجاهلية وسادسها ان قوله ﴿ **او** ﴾ اذا نوى ﴿ **مطلق التحريم** ﴾ الذي فسروه بأن ينوي تحريمها غير معين ما تعلق به التحريم من عينها (بل كأنه قال أوجبت منك تحريماً) أو وطئها فقال أبو طالب وأبو العباس لا يكون ظهاراً وقال المؤيد وأبو حنيفة هو ظهار وهو مبني على تحريمها تحريم مطلق وهو خطأ لأنه معلق بها فهو تحريم لعينها وقد عرفت رجوعه الى تحريم المقصود منها ﴿ **وكنايته** ﴾ قد عرفناك عدم صراحة شيء من ألفاظ الظهار ، لأن [٢] ذلك من تحريم الأعيان ولا يتعلق التحريم بها فلا بد من اعتبار المنوي لأنه كان طلاقاً في الجاهلية وصدر الاسلام وانما ادعى المصنف وغيره ان الشرع نقله الى تحريم الوطء مع بقاء الزوجية وهو مبني [٣] على ثبوت الحقيقة الشرعية ولا تثبت ، واما ايجاب

---

(١) **قوله** : فقد خلع ربقه الاسلام ، أقول : الربق بكسر الرا فموحدة فقاف حبل فيه عدة عرى تشد به البهم كل عروة ربقة بالكسر والفتح كما في القاموس فقد شبه الاسلام بحبل ذي عرى يشد بها الداخل فيه فاذا افتى بخلاف ما ذكر فقد خلع عروة الاسلام من عنقه وخرج منه كما تخرج البهيمة من وثاقها ولا يخفى ما في هذا من عدم مطابقة الحق فان المسائل الظنية وان اخطأ المفتي فيها بعد اجتهاده فهو مأجور وخطأوه مغفور لا أنه يخرج من الاسلام والعجب تقرير الشارح لهذه العبارة الجافية لكنه رحمه الله قد أخذ بشوب من ميراث جده رحمه الله في الحدة فلا غرو ان أقر هذه العبارة فهو يأتي بأغرب منها .

(٢) **قوله** : لان ذلك من تحريم الاعيان ، أقول : فيه بحث قد أشرنا اليه وهو انه ليس في صرايح الظهار فقط تحريم أوقع على عين بل غاية ما أفاد تشبيه حليلته بجز من أمه فان أراد لانه في تقدير انت محرمة كتحريم ظهر أمي فالمراد منه ظاهر وهو وطيها كما سلف له فان العقل دل على الحذف والعرف دل على تعيين المحذوف كما في الفصول وأقره الشارح فان أراد انه لا بد من اعتبار المحذوف عقلاً وتعيينه باعتبار العرف فلا ينافي ظهوره فيما ذكر وهو المراد من الصراحة .

(٣) **قوله** : وهو مبني على ثبوت الحقيقة ، أقول : لا يخفى ان الشارع قد علق الاحكام المذكورة بايقاع الظهار فاذا وقع ترتيب عليه احكام الظهار سواء ثبتت الحقيقة الشرعية أم لا فأن الشارع رتب الحكم على ايقاع هذا اللفظ من أهله في محله لا على معناه المحدود .

الكفارة فلكون[1] تحريم ما احل الله معصية فشرعت الكفارة لها بخلاف لفظ الطلاق فليس بمعصية وربما نوى به تحريم الوطء أو تحريم مطلق فيثبت لكل منوي احكامه وكل على أصله والمصنف قد اختار ان ﴿ **كأمي ومثلها وفي منازلها و** ﴾ انت علي ﴿ **حرام** ﴾ كنايات ظهار ﴿ **فتشترط النية** ﴾ للظهار فيها وقد عرفناك الاحتياج الى النية في هذه وغيرها مما توهم انه صريح ولا نسلم ان حكم الظهار نزل في غيرنا ولتحريم الاستمتاع بل قصد[2] المعنى من اللفظ جزء سبب الحكم ولهذا لا يكون للفظه حكم اذا صدر ممن لا يعرف معناه ﴿ **و** ﴾ صريح الظهار وكنايته ﴿ **كلاهما كناية طلاق** ﴾ لما سمعت من ان الفاظه[3] كانت طلاقاً

(١) **قوله** : فلكون تحريم . . . الخ ، أقول : لا يخفى انه يلزمه ان يلزم هذه الكفارة كل من حرم أي شيء حلال ثم أنه خلاف ترتيب الآية لايجاب الكفارة على العود وهذا خلاف كلام الجمهور فان الكفارة عندهم لا تجب بنفس الظهار وانما تجب بالعود وهو ظاهر الآية لعطفه التحرير على العود بالفا الا انه روى عن طاوس انه قال اذا تكلم بالظهار فقد لزمته الكفارة وحكى عنه مثل الجمهور وروى الناس عن مجاهد انها تجب الكفارة بنفس الظهار وحكي عن الثوري والبتي لكنه لا يخفى انه يتفرع على تفسير العود فانه تعالى لم يرتب الكفارة الا على العود فمن قال المراد بالعود هو ما كانوا عليه في الجاهلية من الظهار وهو نفس القول أي يعودون في الاسلام لما قالوه في الجاهلية الا ان تفسير العود باعادة لفظه في الاسلام قد هجن الشارح على جار الله ذكره له وتفسير العود به حيث قال يعني والذين كانت عادتهم ان يقولوا هذا القول المنكر فقطعوه بالاسلام ثم يعودون لمثله فانه قال عليه الشارح في حاشية منح الالطاف تفسير لا ينبغي صدوره عن مثله ولم يزل يقدم الوجه الضعيف في كثير من المواضع ولو كان انما يثبت الظهار على من كان يعتاده قبل الاسلام لما وجب على من لم يمارس الكفر بل هو مسلم بالاصالة ثم ذكر ان الحق تفسير العود بالتدارك والتلافي وان المراد يعودون الى ما قالوه تداركاً وتلافياً لا تقريراً له ويأتي له قريباً تفسير العود بالمراجعة والعجيب ان الفاضل المقبلي قال في حاشيته على الكشاف انه قدم الكشاف تفسير العود بفعل الظهار في الاسلام أي من عاد لمثل ذلك الفعل الجاهلي القبيح ثم قال وعادته تقديم التفسير الاجود عنده بالتجربة اليقينية لا سيما مع السكوت عن الترجيح واختار هو أعني المقبلي في العود هذا القول ومحل التعجب اختلاف الرجلين فيما يقدمه الكشاف من التفاسير وتفسير جار الله للعود بما ذكره هو قول ابي حنيفة ولا ريب انه مذهب جار الله فهذا التفسير للمعود عنده هو الارجح لانه مذهب امامه الذي لا يخرج عن كلامه فالحق مع المقبلي انه هنا قدم الاقوى .

(٢) **قوله** : بل قصد المعنى . . . الخ ، أقول : لا يخفى ان قصد أوس بن الصامت الطلاق او التعليق للمرأة لا الظهار فانه لم يكن معلوماً له وقد رتب تعالى على لفظة وظهاره الزامه الكفارة فهو مع انه جاهل لمعناه غيرنا وله فهذا التفريع ترده الآية وسببها .

(٣) **قوله** : من ان الفاظه كانت طلاقاً ، أقول : نعم كانت في لسان الجاهلية ثم حكم تعالى فيها بخلاف حكمهم ومن أحسن من الله حكماً وقد قدمنا ما هو الحق في أول البحث .

وان كونها كناية فيه مبني على النقل ولا يتحقق لأن قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا في قوة ثم يراجعون وسيأتي تحقيقه وهل يكون القول قول الزوجة في ان صريحه ظهار فيجب عليه لو راجعها الكفارة ليرتفع التحريم فمن حكم بالصراحة والحقيقة الشرعية جعل القول قولها ومن لم يحكم بصراحة شيء من ألفاظه جعل القول قوله ﴿ و ﴾ الظهار ﴿ **يتوقت** ﴾ اراد يغيًا بغاية فيرتفع عند انتهائها بلا كفارة وقال مالك [1] يتأبد لنا انه كاليمين ، وأجيب بالقياس على الطلاق وأما الكفارة فلتحريم ما احل الله لقوله تعالى « وانهم ليقولون منكراً وزوراً من القول » ﴿ **ويتقيد بالشرط والاستثناء** ﴾ [*] على قياس ما تقدم في الطلاق ﴿ **لأن** ﴾ انه يقع اذا قيد ﴿ **بمشيئة الله** ﴾ لأن الله تعالى لا يشاءه لكن ظاهر عبارة المصنف توهم [2] انه يصير مطلقاً لا مقيداً وليس كذلك فانه لا يقع مطلقاً ولا مقيداً ولا حاجة الى قوله ﴿ **في الاثبات** ﴾ لأنه احترز به عما لو قال انت عليَّ كظهر أمي ان لم يشأ الله وهذا تقييد بشرط هو عدم المشية لا بالمشية فيقع الظهار لحصول الشرط ﴿ **ويدخله** [2*] **التشريك** ﴾ لزوجة مع اخرى ﴿ **والتخيير** ﴾ أيضاً على قياس ما مضى في الطلاق .

﴿ فصل ﴾

﴿ **ويحرم به الوط ومقدماته** [3] **حتى يكفر** ﴾ لقوله تعالى (من قبل أن يتماسا) وقال الثوري والشافعي انما يحرم الوطء لا مقدماته لأن التماس كناية عن الوطء وتقدم الكلام في مثله فلا فائدة لاعادته ﴿ **أو ينقضي وقت الموقت** ﴾ بناء على ان سبب

---

(١) قوله : وقال مالك يتأبد ، أقول : في معالم السنن للخطابي قال مالك وابن ابي ليلى اذا قال لامرأته انت علي كظهر أمي الى الليل لزمته الكفارة وان لم يقربها وقال أكثر أهل العلم لا شيء عليه اذا لم يقربها فقوله يتأبد أي يلغو التقييد واما حديث سلمة بن صخر عند ابي داود وغيره فيه انه ظاهر من امرأته الى انسلاخ رمضان ثم اصابها قبل انسلاخه فأمره صلى الله عليه وآله وسلم بالكفارة فانه لا دلالة فيه على حكم المؤقت لانه اصابها قبل انقضائه .

(٢) قوله : توهم ، اقول : لأنه استثنا من التقييد فيلزم ان يكون مطلقاً وكان المصنف اتكل على وضوح المراد ولذا قال الشارح توهم.

(٣) التقبيل واللمس والنظر لشهوة .

(*) نحو اذا جاء زيد فانت عليَّ كظهر امي والاستثناء نحو انت عليَّ كظهر امي الا ان يجيىء زيد .

(٢ *) نحو ان يقول انت عليَّ كظهر امي ويقول للآخر او انت معها او مثلها والتخيير نحو ظاهرتك يافلانه او فلانه او يقول لزوجاته احداكن مظاهرة.

الكفارة ليس مجرد اللّفظ بالمنكر من القول والزور كما ذكره الله عز وجل والا فلا بد من الكفارة ﴿ **فان فعل** ﴾ المظاهر الوطء او مقدماته قبل ان يكفر ﴿ **كف** ﴾ عن فعلهما ايضاً حتى يكفر وقال المنصور وبعض الفقهاء لا يكف الا ان المنصور قال يبقى في ذمته وبعض [١] الفقهاء قال تسقط لأن الوجوب مقيد بقبل التمّاس فلا وجوب بعده قلنا مفهوم اسقطه منطوق حديث ابن عباس عند اصحاب السنن وصححه الترمذي والحاكم ان رجلاً ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل ان يكفر فقال له النبي صلىّ الله عليه وآله وسلم لا تقربها حتى تفعل ما امرك الله به وله الفاظ متقاربة برجال ثقات الا ان[٢] ابا حاتم والنسائي اعلاه بالارسال وبالغ ابن العربي فقال ليس في الظهار حديث صحيح لكن يشهد له ما عند الترمذي من حديث سلمة بن صخر ان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم سئل عن المظاهر بواقع قبل ان يكفر فقال كفارة واحدة وما في مسند البزار من طريق خصيف وهو ضعيف ان رجلاً قال يا رسول الله انى ظاهرت من امرأتي فرأيت ساقها في القمر فواقعتها قبل ان اكفر فقال كفر ولاتعد وما عند احمد الحاكم واصحاب السنن الا النسائي من حديث سلمة بن صخر قال كنت امرأ اصيب من النساء ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت ان اصيب من امرأتي شيا فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينما هي تخذ مني ذات ليلة كشف لي منها شيء فما نشيت ان نزوت عليها الحديث بطول قصته واختلاف الفاظه وفيها ان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم امره بالكفارة الا انه منقطع سليمان بن يسار لم يدرك سلمة كما ذكره عند الحق ورواه الترمذي عن البخاري ﴿ **و** ﴾ اذا وقع الظهار على الزوجة كان ﴿ **لها طلب رفع التحريم فيحبس له** ﴾ الزوج وقال مالك بل تمنع نفسها فقط[٣] وقال ابو حنيفة واصحابه تستظر عليه حتى يرفعه

فصل وتحرم به الوطء .

(١) **قوله** : وبعض الفقهاء قال تسقط اقول : وبعض قال تلزمه كفارتان وبعض قال ثلاث ويأتي له اختيار مذهب داود ويأتي له آخران شرعية الكفارة لأجل الرجعة وقال ابن القيم ان حكمه صلىّ الله عليه وآله وسلّم فيمن وطيء قبل ان يكفر يقضي بأن الكفارة لا تضاعف ولا تسقط كما دل عليه حكم رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم وهو قول الايمة الاربعة وعدة من السلف وعن ابن عمر وعمرو بن العاص ان عليه كفارتين وعن الحسن وابراهيم ان عليه ثلاث كفارات وحكم رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم اولى بالاتباع من غيره ولم يذكر عن احد سقوطها كما ذكره الشارح .

(٢) **قوله** : الا ان ابا حاتم . . الخ . اقول : قال ابن حزم رواته ثقات ولا يضره ارسال من ارسله .

(٣) حتى يرفعه .

واجاب المصنف بان عليها غضاضة تستحق عليه رفعها عنها ، قلت انما يتمشى الجواب على رأي من جعل لها حقاً في الوطء، **ثم هذا** الخلاف انما يكون ﴿ **ان لم يطلق**﴾ او ينـو **بالظهار**[١] الطلاق لما عرفت من انه كناية طلاق اما لو طلق او نوى به الطلاق لم يكن لها المطالبة يرفعه عنها بناء على ان قوله تعالى (ثم يعودون) لما قالوا مراد به العود الى ما حرموه من المرأة .

وقال[٢] **داود** وشيعته المراد به العود الى ايقاع لفظ الظهار لأنه هو الذي قالوا والسبب شاهد له فانها نزلت في ظهار اوس بن الصامت. وكان به لمم فكان اذا اشتد به لممه ظاهر من امرأته اخرجه ابو داوود والحاكم من حديث عايشة قلنا حديث ابن عباس وسلمة بن صخر في ان العود معاودة الزوجة وان الكفارة تثبت وان لم يعد الظهار مرة اخرى قالوا احاديث معلولة لا ينتفى بها ظاهر القرآن وشهادة سببه ﴿ **و** ﴾ التحريم ﴿ **لا يرفعه الا انقضاء الوقت** ﴾ ان كان الظهار مؤقتاً ﴿ **او التكفير** ﴾ بما سيأتي ان كان مطلقاً بشرط ان يكون التكفير ايضاً ﴿ **بعد العود** ﴾ الى ما حرمه الظهار ﴿ **و** ﴾ العـود ﴿ **هـو ارادة** ﴾ المظاهـر في نفسه

---

(١) **قوله** : او ينو بالظهار الطلاق ، اقول : هذا غير محل النزاع اذ الكلام في الظهار ومن نوى به الطلاق فما هو مظاهر واما قوله ليس لها المطالبة اذا نوى به الطلاق فلغو من القول لا يخفى.

(٢) **قوله** : وقال داود. . الخ ، اقول قد اختاره الشارح ويلزمه انه لا تجب الكفارة على من ظاهـر مرة واحدة حتى يعود مرة اخرى ولا يجب الا على من ظاهر في الجاهلية ثم في الاسلام وقد رده الشارح وحديث عايشة لا دلالة فيه على ان العود اعادة اللفظ ولا سأل صلّى الله عليه وآله وسلّم اوسا عن اعادته وقال ابن القيم وهو قول لم يحكوه عن احد من السلف البتة ولم يسبقوا اليه ثم سرد ادلهتم وردها ثم قال وههنا امر خفي على من جعله اعادة اللفظ وهو ان العود الى الفعل يستلزم مفارقة الحال التي هو عليها الان وعودة الى الحال التي كان عليها اولاً كما قال تعالى (وان عدتم عدنا) الا ترى ان عودهم مفارقة ما هم عليه من الاحسان وعودهم الى الاساءة وكقول الشاعر:

. . وان عاد للاحسان فالعود احمد. . والحال التي هو عليها الآن التحريم بالظهار والتي كان عليها اباحة الوطء بالنكاح الموجب للحل ثم عود المظاهر عود الى حل ما كان عليه قبل الظهـار وذلك هو الموجب للكفارة فتأمله فالعود يقتضي امراً يعود اليه بعد مفارقتـه فالمظاهـر بالتحـريم قد خرج عن الزوجة وبالعود قد طلب الرجوع الى الحال التي كان عليها قبلها قبل التحريم ثم قال وسر المسألة ان العود يتضمن امرين امراً يعود اليه وامراً يعود عنه ولا بد منهما فالذي يعود عنه يتضمن نقضه وابطاله والذي يعود اليه ايثاره وارادته وهذا عين فهم السلف من الآية فبعضهم يقول ان العود هو الاصابة وبعضهم يقول الوطء وبعضهم يقول اللمس وبعضهم يقول العزم.

﴿ الوطء ﴾ لكن انما هذا مذهب مالك واحمد واما المذهب[١] فهو الوطء ومقدماته كما تقدم وقال البصري وطاووس والزهري فعل الوطء نفسه وهو ساقط يأباه قوله من قبل ان يتماسا وقال الشافعي العود مجرد امساكها بعد الظهار وقتاً يُتسع[٢] للطلاق ولم يطلق ، وأجاب المصنف بأنه ليس بعود لغة وفيه نظر لأن ارادة[٣] الامساك كارادة الاستمتاع كلاهما ليس عوداً حقيقياً ،

---

(١) **قوله** : واما المذهب. . الخ ، أقول : قال المصنف ان تفسير العود بما ذكر هو المذهب ومثله قال شارح الاثمار وانما القول بانه الوط للزهري ورواية عن مالك والعجب تفرقة الشارح بين الوط وفعل الوط وقوله كما تقدم من انه يحرم به الوط ومقدماته الا انه لا يلزم من كونه محرماً به الوط ومقدماته ان يكون ذلك هو العود.

(٢) **قوله** : يتسع للطلاق ، اقول : نقل ابن عبد البر عن الشافعي انه قال احسن ما سمعت في قوله تعالى (**ثم يعودون لما قالوا**) ان يعود لما حرّم الله تعالى منها فيمسكها فيكون احلال ما حرم الله وذلك بان لا يطلقها فان امسكها ساعة يمكنه فيها طلاقها فلم يفعل بعد ان ظاهر منها فقد عاد لما قال ووجبت عليه الكفارة مات او ماتت انتهى. وقال ابن القيم وقتاً يتسع لقوله انت طالق قال منازعوه هذا النفس الواحد لا يخرج الظهار عن كونه موجباً للكفارة ففي الحقيقة لا يوجب الكفارة الا لفظ الظهار وزمن قوله انت طالق لا تأثير له في الحكم ايجاباً ولا نفياً فتعليق الايجاب به ممتنع ولا تسمى تلك اللحظة والنفس الواحد من الانفاس عوداً لا في لغة العرب ولا في عرف الشرع وأي شيء في هذا الجزء اليسير جداً من الزمان لشيء من معنى العود او حقيقته والله تعالى اوجب الكفارة بالعود بحرف ثم الدالة على التراخي عن الظهار فلا بد ان يكون بين العود وبين الظهار مدة متراخية وهذا ممتنع عندكم وبمجرد انقضاء قوله انت على كظهر امي صار عايداً ما لم يصله بقوله انت طالق فأين التراخي او المهلة بين العود والظهار.

(٣) **قوله** : لأن ارادة الامساك ، اقول : الشافعي لم يجعله ارادة الامساك بل نفس الامساك لحظة من الزمان يتسع للتكلم بستة حروف واما ارادة الاستمتاع فهو يطلق عليه العود مجازاً قال ابن القيم من فسر العود بارادة الاستمتاع قال ان قوله تعالى يعودون لما قالوا يريدون العود كما قال تعالى (**واذا قرأت القرآن فاستعذ بالله**) وقوله تعالى (اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم) ونظايره مما يطلق الفعل فيه على ارادته لوقوعه بها قالوا وهذا اولى من تفسير العود بنفس اللفظ الأول وبالامساك نفساً واحداً بعد الظهار وبتكرار لفظ الظهار وبالعزم المجرد ولو طلق بعده فان هذه الأقوال كلها قد تبينّ ضعفها فأقرب الأقوال الى دلالة اللفظ وقواعد الشريعة ، واقوال المفسرين هو هذا القول وبالله التوفيق انتهى وبه تعرف ان الكل من الأقوال في العود مجاز وهذا اقرب المجازات ، واما قول الشارح واقول. . الخ ، فهو خروج عن باب الظهار ومخالفة لكل هذه الأقوال.

وأقول : الظهار محتمل للطلاق والإيلاء لا غير الا انه على وجه قبيح فشرعت الكفارة للرجعة ان كان طلاقاً او الفيئة ان كان ايلاءً لما في لفظه من القبح ولهذا ذهب مالك الى انه يدخل في الإيلاء بمضي مدته فيتجه الزام الزوج الطلاق او الوطء كما سيأتي ،وأما[١] قول الشافعي فيتمشى على انه طلاق ان لم يمسكها ولو لم يطلق بعده والحق لا يخرج عن احد المذهبين ﴿ و ﴾ حكم الظهار ﴿ **لا يهدمه** ﴾ طلاق[*] ولا فسخ ولا ردة الزوج ولا غيرها ﴿ **الا الكفارة** ﴾ وقال الشافعي وابو يوسف ومحمد يهدمه ما ذكر ووافقهم المؤيد والمنصور في الردة ، قلنا عُلقت الكفارة بمطلق العود وهو يصدق على اي حالة كان ، واجيب بانه ظاهر في العود الى نسائهم والعايدون الى من بانت ليسوا عايدين الى نسائهم لأن الاضافة للاختصاص ولا اختصاص للرجل الا ما دامت[٢] تحته ولهذا لا يقع عليها قبل العقد بها ظهار ﴿ و ﴾ الكفارة ﴿ **هي عتق** ﴾ للآية الكريمة ﴿ **كما سيأتي** ﴾ في كفارة اليمين ان شاء الله تعالى من أجزا كل مملوك الا الحمل والكافر وام الولد ومكاتباً كره الفسخ وتفصيل الخلاف والادلة هنالك ان شاء الله تعالى ﴿ **فان لم يجد** ﴾ المظاهر الرقبة او قيمتها في الناحية ﴿ **فصوم شهرين** ﴾ للآية الكريمة ﴿ **في غير** ﴾ زمان ﴿ **واجب** ﴾ فيه ﴿ **الصوم** ﴾ كرمضان[٣] والنذر المعين ﴿ **والافطار** ﴾ كالعيدين والتشريق وايام الحيض[*٢] فعلى هذا يصح قول المنصور وابي حنيفة باجزاء صوم المسافر في رمضان عن الكفارة لأنه ليس بواجب عليه فيه الصوم ومن جعل النهي في العيدين والتشريق والحايض [*٣] للكراهة خالف هنا وتقدم الكلام ، عليه ، ولا يجزي صوم الشهرين

---

(١) **قوله** : واما قول الشافعي . . . الخ، اقول : قدمنا لفظ الشافعي وليس فيه انه جعله طلاقاً بل قال اذا لم يطلق فقد عاد ولزمته الكفارة وهو صريح انه لا يجعله طلاقاً.

(٢) **قوله** : الا ما دامت تحته ، اقول : فيلزم ان تهدمه الثلاث ايضاً ولم يقولوه.

(٣) ولو في السفر كذا قالوا.

(*١) فلو ظاهر ثم طلق لم ينهدم حكم الظهار اذا راجعها او عقد بها وكذا لو طلقها ثلاثاً ثم راجعها بعد زوج وكذا لو ظاهر ثم ارتد ثم اسلم ثم تزوجها وكذا في الفسخ بعد الظهار ثم عقد بها . ففي الكل لا تسقط الكفارة .

(*٢) هذا على قول الزهري انها اذا ظاهرت المرأة من زوجها كانت عليها الكفارة وتقدم نقله في المنحة.

(*٣) تقدم له في الصوم التوقف في الحكم باجزآ صوم الحايض في شهر رمضان وفي العيدين والتشريق رجح الكراهة .

الا اذا ﴿ لم يطاها(٢*) فيهما ﴾ وقال الشافعي(١) والحسن لا يفسده الاوطؤ ها نهاراً لا ليلاً قلنا قيد بقبل التماس قالوا قياس الكفارة صحتها بعد الحنث والتقييد بقبل التماس اسقط صحتها بعده لكنها قد صحت(٢) بعده بالسنة ايضاً والا لزم القول بعدم وجوبها بعده ومفسدات الصوم مختصة بالنهار لا بالليل ثم لا بد من صيام عدد الشهرين ﴿ ولاء ﴾ اي متوالياً ذلك العدد لا زمان الهلالين بل لو ابتدأ من وسط الشهر الأول وفّا الصوم بالشهر الثالث وهل يجب عليه توفيه ستين يوماً او ثمانية وخمسين لأن الشهر قد يكون تسعة وعشرين كما تقدم الظاهر(٣) انه يبرأ بالثمانية وخمسين لصدق الشهر عليه ﴿ والا ﴾ يوالي الشهرين بل فرقهما لا لعذر ﴿ استأنف ﴾ صيام شهرين متواليين اجماعاً لتقييدهما في الآية بالتتابع ﴿ الا لعذر ﴾ مأيوس زال خلافاً للفريقين ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو ﴾ كان ﴿ مرجوا زال ﴾ خلافاً للمؤ يد والامام يحيى وقول للناصر لنا ما جعل عليكم في الدين من حرج وحديث فاتوا منه ما استطعتم تقدم وهو تقييد لمطلق الأوامر قالوا يستطيع بعد زوال العذر قلنا الأوامر غير مؤ قتة فلا يتعين وقت

---

(١) **قوله** : وقال الشافعي والحسن ؛ اقول : واما الاثم فقال ابن القيم انه لا خلاف بين الامة في تحريم وطيها في زمن الصوم ليلاً ونهاراً ثم ظاهر نقله عن الشافعي انه لا يفسد ولو وطى نهاراً ثم قال والذين ابطلوا التتابع (١ . ح) معهم ظاهر القرآن فانه سبحانه امر بصيام شهرين متتابعين قبل المسيس ولم يوجد ولأن ذلك يتضمن النهي عن المسيس قبل كمال الصيام وتحريمه وهو يوجب عدم الاعتداد بالصوم لأنه عمل ليس عليه امر رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم فيكون رداً وسر المسألة انه تعالى اوجب امرين احدهما تتابع الشهرين ، والثاني وقوع صيامهما قبل التماس فلا يكون آتياً بما امر به الا بمجموع الامرين انتهى ولا يخفى قوته .

(٢) **قوله** : قد صحت بعده بالسنة ، اقول : يريد ما مر من حديث ابن عباس رضي الله عنه في الذي ظاهر ثم وقع على اهله قبل التكفير الا انه لا يخفى ان ذلك قبل التكفير وهذا في اثناء التكفير فلاسوا وقوله ومفسدات الصوم مختصة بالنهار فقط جوابه انه ليس الافساد لأجل فساد صومه بل لفقد التتابع قبل المسيس .

(٣) **قوله** : الظاهر انه يبرأ بالثمانية والخمسين ، اقول : هما اصلان الثلاثون والتسعة والعشرون فلا وجه لايثار احدهما بل الظاهر انها لا تبرأ ذمته يقين الا بالستين وعلى الجمع بين الاصلين تسعة وخمسين يوماً وفي تحفة ابن حجر انه اذا شرع من اثنا شهر تمه ثلاثين ويعتبر في الآخر هلاله .

(٢*) فان وطى في خلال الصوم بطل ولزمه الاستئناف سواء كان ليلاً او نهاراً .

(١ . ح) اي جعلوا التتابع باطلاً بالجماع في شهري الصوم.

زوال العذر وأين الدليل على تعيينه للفعل والمطلق لا يدل على المقيد واذا كان له ان يفعل الواجب في اي وقت وعرض عليه ما يمنع الاستمرار فيه ﴿ **فيبنى** ﴾ بعد زوال العارض على ما فعل قبل عروضه ﴿ **فان تعذر البنا على الصوم** ﴾ باليأس من تتميمه ﴿ **قيل اطعم للباقي** ﴾ من الصوم بقدره عن كل يوم اطعام مسكين وقال المصنف ذلك ضعيف للجمع فيه بين البدل والمبدل ومخالفة عموم الآية الكريمة وفيه نظر لأن الممنوع انما هو ترك كل من البدَل والمبدل لا الجمع بينهما على انه لا جمع فان طعام المسكين بدل عن صوم اليوم وما اطعم عنه لم يصمه واما الآية فمقيده بحديث فاتوا منه ما استطعتم وقد استطاع البعض من الصوم فيجب اجزاؤه عن قدره وكما اسقط العذر وجوب التتابع كما تقدم فليسقط وجوب التكميل من الجنس ولا فرق والتقييد والتخصيص بالقياس حايز ﴿ **فان لم يستطع** ﴾ المظاهر الصوم المذكور ﴿ **فاطعام ستين مسكيناً** ﴾ غداء وعشاء[1] ﴿ **او تمليكهم** ﴾ كل واحد صاعاً ﴿ **كاليمين** ﴾ وقال الفريقان نصف صاع لكل واحد او شبع مرة واحدة لنا ما في حديث سلمة بن صخر المقدم بلفظ فأطعم وسقا من تمر ستين مسكيناً والوسق ستون[2] صاعاً قالوا هو على ارساله مضطرب ايضاً فعند الترمذي ان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم اعانه بعرَق والعرق مكتل يأخذ خمسة عشر صاعاً وهو كذلك في حديث خولة بنت ثعلبة بن مالك زوجة ابن الصامت في قصة ظهارة منها عند ابي داود وقال هو اصح الحدثين يشير بالحديث الآخر الى رواية ان العرق ستون صاعاً او ثلاثون صاعاً على ان التقدير اذا اضطرب وجب الرجوع الى مفهوم الاطعام المطلق وهو يصدق بالمرة كما علم في الأصول ﴿ **و** ﴾ المظاهر ﴿ **يائم ان وطىء فيه** ﴾ اي في حال الاطعام قبل فراغه هذا هو الذي اتفق عليه المؤ يد وابو العباس تخريجاً

---

(١) بإدام عن شرح .

(٢) قوله : ستون صاعاً ، اقول : في معالم السنن ان حديث سلمة بن صخر قد روي فيه ستون صاعاً وروى من غير طريق ابي اسحاق خمسة عشر صاعاً كحديث ابي هريرة والشافعي اخذ به لأنه أجود اسناداً من حديث التقدير بستين صاعاً وكذلك قال مالك واحمد بن حنبل لكل مسكين مد قال وذهب سفين الثوري واصحاب الرأي يريد ابا حنيفة واصحابه الى حديث الستين صاعاً وقال وهو احوط الامرين وقد يحتمل ان يكون الواجب عليه ستين صاعاً ثم يؤ تى بخمسة عشر صاعاً فيقول له تصدق بها ولا يدل على انها تجزيه عن جميع الكفارة ولكنه يتصدق بها في الوقت ويكون الباقي ديناً عليه حتى يجده قلت ولا يخفى بعده وصاحب المنار قد جنح الى ان الواجب الأقل وما زاد فضيلة ثم لا يخفاك ان قد افاد ان مذهب ابي حنيفة كما ذكره المصنف لا انه مع الشافعي كما قاله الشارح .

للمذهب ﴿ **قيل و** ﴾ اتفقا على انه ﴿ **لا يستأنف** ﴾ الاطعام واستضعفه المصنف لأن الاثم مبنى[١] على ان الاطعام كالعتق والصوم يشترط فيه ان يكون قبل التماس واذا كان شرطاً وجب فساد الاطعام لفوات شرطه الا ان صاحب الكشاف وغيره ادّعوا الاجماع على عدم وجوب الاستئناف لو فعل قال المصنف ان صح الاجماع فمسلم والا فالقياس على العتق والصوم ظاهر انتهى وقد عرفت مما تقدم للشافعي والحسن ان التقييد بقبل التماس لا يمنع [٢] صحة التكفير بعده والا لما صح القضاء بعد فوات الوقت ﴿ **ولا يجزي العبد** ﴾ اذا ظاهر من زوجته ﴿ **الا الصوم** ﴾ بناء على انه لا يملك وان ملك وسيأتي تحقيق الخلاف فيه ان شاء الله تعالى وصومه شهران كالحر ، وقال الباقر والصادق والناصر بل شهر واحد لأن الكفارة عقوبة كالحد فتنصف عليه ، واجيب بمنع ان الكفارات عقوبات بل هي عبادات ﴿ **ومن** ﴾ شرع في التكفير بالادنا من ابدال الكفارة ثم ﴿ **امكنه الأعلى** ﴾ في حال شروعه ﴿ **في الادنا استأنف** ﴾ التكفير ﴿ **به** ﴾ أي بالا على خلافاً للشافعي وقد تقدم تقريره(*) في المتيمم يرى الماء في صلاته فلا نكرره

---

(١) **قوله** : مبني على ان الاطعام كالعتق . . الخ ، أقول : قد قيد تعالى العتق والصوم بكونهما قبل المسيس ولم يقيد به في الاطعام قيل فلو اراد التقييد فيه لا تأبه فيه كما اتى به فيهما فلم يطلق هذا ويقيد غيره الا لحكمة وفائدة مرادة وهي تقييد ما قيده واطلاق ما اطلقه وقيل بل يقيد ما اطلقه الحاقاً بما قيده اما بياناً ، واما قياساً بالغاً الفارق بين الصورتين وهو تعالى لا يفرق بين المتماثلين وقد ذكر من قبل ان يتماسا مرتين فلو اعاده ثالثاً لطال مد الكلام ونبه بذكره مرتين على تكرر حكمه في الكفارات ولو ذكره في آخر الكلام مرة واحدة لا وهم اختصاصه بالكرة الاخيرة ولو ذكر في اول مرة لا وهم اختصاصه بالأولى واعادته في كل كفارة تطويل وكان افصح الكلام واوجزه وابلغه ما وقع وايضاً فانه نبه بتقييد التكفير بقبل المسيس في الصوم مع تطاول زمنية وشدة الحاجة الى مسيس الزوجة على ان اشتراط عدمه في الاطعام الذي لا يطول زمانه اولى افاد ذلك ابن القيم رحمه الله وفي الاتحاف لم يقيد بقبل التماس مثل ما قبله وما كان ربك نسياً وليس بين الأمور المرتبة ما يوجب لاحدها قيد الآخر يقيناً وانما هو من باب الحذف وشرط الحذف ان يوجد دليل على نفس الحذف اولاً ثم ينظر في قراين تعين المحذوف ولا قرينه هنا على اصل الحذف حتى يجعل ما مضى دليل التعيين اي قبل ان يتماسا والحاصل انه كلام قام فما الملجي لدعوى الحذف هذا ما نقوله في كل مطلق ومقيد تقدم المطلق او تأخر واما الالحاق قياساً فيتوقف على كمال القياس ولا ينبغي ادخاله في بحث المطلق والمقيد انتهى .

(٢) **قوله** : لا يمنع صحة التكفير بعده ، اقول : الكلام في بطلان ما وقع من التكفير ان مس في اثنائه لا في صحة التكفير بعده فما هذا الكلام في محل البحث كما ان قوله والا لما صح القضاء . . الخ في غير محله .

(*) تقدم له تقرير انها لا تلزمه الاعادة بالوضوء.

﴿ و ﴾ اذا كان متمكناً من الاعلى حال الظهار ثم تراخى حتى لم يتمكن منه حال التكفير فان ﴿ **العبرة** ﴾ في التمكن ﴿ **بحال الاداء** ﴾ وهي[١] حالة التكفير وقال الناصر العبرة بحال الوجوب وللشافعي ، أقول ثلاثة كقولنا وكقول الناصر واغلظ الحالين وثمرة الخلاف تظهر فيما لو لم يتمكن حال العود من العتق ثم تمكن منه فعندنا يجب العتق وعند الناصر يجب الصوم وعلى هذا القياس لنا ان الطلب قبل التكفير مستمر حتى يكفر فاذا لم يكفر حتى وجد الاعلى تعلق به الطلب الذي لم يرتفع ، واجيب بان الطلب للفور وانما يتعلق بما هو حاضر ولا حضور للأعلى ورد بمنع فورية الطلب ومحلها الأصول ﴿ **وتجب النية** ﴾ اي تعيين ما كفر عنه بالقصد ﴿ **الا في تعيين كفارتي**[*١] **متحد السبب** ﴾ فلا يجب قصد التكفير عن احد السببين المتفقين نحو ان يظاهر من امرأتين فلا يجب عليه تعين الظهار عن إحدى المرأتين بكل واحدة من الكفارتين اما لو كفر كفارة واحدة عن مطلق الظهار وعليه كفارتان فقياس القول بان له تعيين المطلقة يعين الكفارة عن ظهار من شاء منهن وقد قدمنا لك عند قوله في الغسل فان تعدد موجبه كفت نية واحدٍ ما اذا التفت اليه نفعك هنا ﴿ **ولا تتضاعف** ﴾ الكفارة ﴿ **الا لتعدد المظاهرات** ﴾ واشترط الشافعي تعدد اللفظ والا فكقول مالك[*٢] - اي سوى تعد اللفظ ام لا - بعدم التعدد مطلقاً لنا استقلال العود الى واحدة بوجوب الكفارة اذا انفردت فكذا مع الاجتماع وعورض بان السبب هو اللفظ او العود او المركب منهما ولا دخل للمتعلقة وهو المظاهره في العلية حتى تتعدد بتعددها لأنه سبب واحد لا يتعدد مسببه بتعدده ولهذا لا تجب الكفارة عن زوجة معينة كما تقدم فهو كما لو زنى بامرأتين لم يلزمه الا حد واحد الا اذا تخلل الحد بين الزنائين ﴿ **او تخلل** ﴾ بين الظهارين ﴿ **العود**[*٣] **والتكفير** ﴾ فانه يتكرر الحد والكفارة .

---

(١) **قوله : وهي حالة التكفير** ، اقول : قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة يدل باتيانه بالفا انه مكلف بنوع الكفارة حال عقيب ارادة العود.

(*١) اما لو اختلف السبب نحو ان يكون عليه كفارة ظهار وكفارة قتل فانه يجب عليه التعيين.

(*٢) قال مالك لو ظاهر من نسوة متعددات بلفظ او الفاظ فعليه كفارة واحدة فقط.

(*٣) نحو ان يظاهر من امرأته ثم يعود ويكفر ثم يظاهر ثم يعود فانها تلزمه كفارتان .

باب الايلا (١)

(١) **باب الايلا** : اقول : هو لغة الامتناع باليمين وخص في عرف الشرع بالامتناع باليمين من وطء الزوجة ولهذا عندي فعله باداة من تضميننا له معنى تمتنعون من نسائهم ، واعلم ان الايلا ليس محظوراً كالظهار الذي سماه الله تعالى منكراً من القول وزورا فان رسول الله صلى الله عليه واله وسلم قد ألا من نسائه شهراً كما ثبت في صحيح البخاري عن انس رضي الله عنه .



﴿ فصل ﴾

﴿ **من حلف** ﴾ حال كونه ﴿ **مكلفاً** ﴾ بناء على ان الايمان ليست من خطاب الوضع ليتعلق حكمها بالمميز ﴿ **مختاراً** ﴾ اذ لا يمين لمكره ﴿ **مسلماً** ﴾ بناء على عدم تعلق خطابات الشرع بالكافر كما تقدم غير مرة ﴿ **غير اخرس** ﴾ لان الحلف لفظ والأخرس لا يلفظ ، ولا بد ان يكون الحلف ﴿ **قسماً** ﴾ بالله تعالى او بصفة لذاته او لفعله والا لم يكن آيلاً وقال ابو حنيفة يصح باليمين المركبة كما سيأتي تحقيقها في الايمان ان شاءالله تعالى نحو ان دخلت الدار فيلزمني ان لا اطاك ولا بد ان يكون جواب القسم لفظ ﴿ **لا وطي ولو** ﴾ كان حلفه من الوطء ﴿ **لعذر** ﴾ خلافاً للمنصور ومالك لنا ان عليها غضاضة في اليمين وهي حاصلة مع العذر ، واجيب بالمنع كيف وقد اخرج مالك في الموطا بلاغاً عن امير المؤمنين كرم الله وجهه من حلف لامرأته ان لا يطاها حتى تفطم ولدها لم يكن ذلك آيلا وصرح ـ به ـ في جامع آل محمد عن علي عليه السلام ، قلت اما مع عدم التوقيت فالمنع مكابرة وانما يتجه في الايلا المؤقت [١] ولا بد ان يكون المولى منها ﴿ **زوجة** ﴾ لا مملوكة ولا اجنبية لأن حكم الايلا انما هو استحقاق المرافعة للوطء او الطلاق ولا حق للملوكة والاجنبية فيهما ، ولا بد ان تكون الزوجة ايضاً ﴿ **تحته** ﴾ في الحال بناء على انه كالطلاق فلا يلحق المطلقة رجعياً فاذا تعلق بزوجة تحته ثبت حكمه ﴿ **كيف كانت** ﴾ الزوجة حرة او امة صغيرة او كبيرة عاقلة او مجنونة مدخولة او غير مدخولة وقال الباقر والصادق لا يصح الايلا من غير المدخولة لان اضافة نسائهم للعهد وغير المدخولة ليست بمعهودة وسواء كانت ﴿ **واحدة او اكثر** ﴾ اذا كان الايلا من كل واحدة بلفظ القسم ﴿ **لا** ﴾ اذا كان ملحقاً لبعضهن ﴿ **بتشريك** ﴾ في الايلا نحوان يحلف من واحدة ويقول للثانية وانت مثلها لان ذلك ليس من كنايات الايمان فضلا عن صريحها كما سيأتي وسواء كان ﴿ **مصرحاً** ﴾ [*١] بذكر المحلوف منه ﴿ **او كانياً** ﴾ عنه ﴿ **ناوياً** ﴾ له نحوان يقول لاقربها ولا غشيها او نحو ذلك وسواء كان المولي ﴿ **مطلقاً** ﴾ للوطء المنفي ليكون عاماً للازمنة كما تقرر في الاصول في لا اكل ونحوه وقال في المنتخب وابو العباس لا ينعقد المطلق لدلالة الآية على التقييد بالاشهر ورد بان المقيد التربص لا الأيلا ﴿ **او مؤقتاً** ﴾ وقال ابن عباس لا يكون الموقت ايلا ، قلنا يولون مطلق ولا يدل المطلق على جميع الازمنة لعدم دلالة الاعم على الاخص

---

(١) للعذر

(*) نحو ان يحلف الا جامعها في قبلها او لا ادخل ذكره في قبلها .

بخصوصه فيصدق المطلق على جميع الازمنة وعلى بعضها اذا كان موقتاً ﴿ **بموت احدهما او بأربعة اشهر فصاعداً او بما يعلم تأخره عنها** ﴾[١] لأنه يتحقق[٢] بهذه المدة موجب استحقاق المرافعة وهو تضرر المرأة كما روى البيهقي والخرايطي في اعتلال القلوب من طرق وعبد الرزاق وغيرهم باختلاف يسير أن عمر بن الخطاب بينما هو يطوف ذات ليلة اذ سمع امرأة تنشد :

الا طال هذا الليل وازور جانبه   وليس الى جنبي خليل الاعبه

الأبيات فسأل عمر النسا الى كم تصبر المرأة عن زوجها اتصبر شهراً قلن نعم قال وشهرين قلن نعم قال ثلاثة قلن ويقل صبرها قال واربعة قلن يفني صبرها ثم سأل ابنته حفصه عن كلامهن فصدقتهن فكتب عمر الى امرآ الاجناد لا يحبس مجاهد عن اهله فوق اربعة اشهر وكان يديل بين المجاهدين اربعة اشهر فاربعة ، واجيب بان علة استحقاق المرأة المرافعة ليست هي تضرر المرأة بل هي ما يلحقها من غضاضة الاستغنآ عنها المسمى بالفرك[٣] ولو كانت هي التضرر لدل استحقاقها المرافعة ان لها حقاً في الوطء وانتم لا تجعلون لها حقاً فيه بخلاف ما اذا كانت العلة هي الغضاضة فلا غضاضة في المؤقت ولهذا لم يكن المؤقت بدون اربعة اشهر ايلا اتفاقاً ولا بد ان يكون المولى ﴿ **غير مستثن** ﴾ شيا ﴿ **الا ما يبقى معه الاربعة** ﴾ الاشهر قطعاً نحو لا جامعتك سنةً الا مرة اذ تبقى اربعة اشهر قبلها او بعدها قطعاً ، اما لو قال سنة الا اربع مرات فلا يصح لاحتمال صدور كل مرة بين ثلاثة اشهر ، فاذا تكاملت شروط الايلا المذكور استحقت عليه المرافعة و ﴿ **رافعته بعدها** ﴾ ان شاءت الى الحاكم ليرفع بوطيها التحريم الذي الحقها الغضاضة او يطلقها ويصح لها ان ترافعه ﴿ **وان** ﴾ كانت ﴿ **قد عفت** ﴾ عنه وهذا ﴿ **ان رجعت في المدة** ﴾[٤] التي وقتها للايلا اما لو كانت المدة قد

---

(١) **قوله** : لانه يتحقق بهذه المدة . . . الخ ، اقول : يلزم ان لا تعتبر الزيادة على الاربعة كما اعتبرها المصنف لانها مدة التضرر واحسن منه ان يقال لأنه تعالى وقت مدة الايلاء بأربعة اشهر ولعل ما ذكر وجه الحكمة في ذكره تعالى لهذا العدد .

(٢) اي عن الاربعة الاشهر

(٣) **قوله** : بالفرك ، اقول : في القاموس الفرك بالفتح والكسر البغضة عامة او خاصة ببغضة الزوجين واعلم انه سقط من كلام المصنف ما لفظه لاولي غير العاقلة بعد قوله مع اللبس قال المصنف في تفسيره فلا يطالب لصغيرة او مجنونة ولا السيد عن امته وقال الامام يحيى بل يطالب لها الامام والحاكم انتهى . قلت وهو قوي كما لا يخفى وقواه الامام شرف الدين عليه السلام في الاثمار .

(٤) عن العقود

مضت فلا وجه للمرافعة لزوال الغضاضة بانقضاء المدة ﴿ و ﴾ اذا آلا من احدى زوجاته غير معينة او معينة ثم التبست كان لهن ﴿ **كلهن** ﴾ المرافعة ﴿ **مع اللبس لاولي غير العاقلة** ﴾[١] وفيه النظر الذي قد منا لك في الملتبسات بالمحرم اذ الاصل في كل واحدة عدم كونها المولي منها فلا غضاضة عليها ، واذا وقعت المرافعة ﴿ **فيحبس حتى يطلق او يفي** ﴾ اي يرجع الى فعل ما حلف منه لتذهب عنها الغضاضة وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري بمضي الاربعة ولما يفيء تطلق [٢] باينا وقال الاوزاعي بل رجعياً وروى عن علي عليه السلام ، قلنا ليس من

(١) فلا يطالب لصغيره ولا مجنونة ولا السيد عن امته

(٢) قوله : تطلق باينا ، اقول ذهب ابو حنيفة الى ان مدة الايلاء اربعة اشهر وانها اجل لوقوع الطلاق بانقضائها تستحق المرأة مطالبته فيها فاذا امضت الاربعة ولم يف طلقت بمضيها واستدل بثلاثة اوجه من الآية احدها قراة ابن مسعود فان فاوافيهن قال فاضافة الفيئة الى المدة دلت على استحقاق الفيئة فيها الثاني انه تعالى جعل مدة الفيئة اربعة اشهر فلو كانت الفيئة بعدها لزادت على مدة النص وذلك غير جايز والثالث انه لو وطيها في مدة الايلاء لوقعت الفيئة موقعها فدل على استحقاق الفيئة فيها واستدل مخالفهم من الآية بوجوه الاول انه تعالى اضاف المدة الى الازواج وجعلها لهم ولم يجعلها عليهم فوجب ان لا تستحق المطالبة فيها بل بعدها فكانت كأجل الدين ومن اوجب المطالبة فيها لم يكن اجلالهم عنده ولا يعقل كونها اجلاً لهم وتستحق المطالبة فيها ، الثاني قوله تعالى فان فاوا فان الله غفور رحيم فذكر الفيئة بعد المدة بفاء التعقيب لا بعد الايلاء فلا يكون تعقيباً له لأنه ابعد المذكورين وهذا يقتضي ان يكون بعد المدة فانها نظير قوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان بعد قوله تعالى « الطلاق مرتان» وذلك بعد الطلاق قطعاً الثالث قوله تعالى فان عزموا الطلاق وعزمه الجزم بفعله لأن ذلك معنى العزم لغة وايقاع الطلاق بمضي المدة ليس فيه عزم على الطلاق بل يقع الطلاق عند الحنفية ولو عزم على الفيئة ولم يف حتى مضت المدة الرابع انه قال تعالى فان الله سميع عليم فاقتضى ان يكون الطلاق قولا يسمع ليحسن ختم الآية بصفة السمع هذا وتكلف جار الله رحمه الله تعالى بحمل الآية على مراد الحنفية بما هو معروف في كشافه ، واما قول الحنفية لو كانت الفيئة بعد المدةلزادت على اربعة اشهر فحوا به ان الاربعة مدة المرتبص الذي لا تستحق فيه المطالبة لما اقمناه من الدليل فبمجرد انقضائها تستحق عليه المطالبة فله ان يعجلهاولها ان تنظره كساير الحقوق ، ثم ان الايلاء ليس من صرايح الطلاق ولا من كناياته اما الاول فاتفاق واما الثاني فلأنه لو كان منها لرجع الى نيته واما قول الشارح في سند المنع ان اللام في الطلاق للعهد الخارجي فعجيب لأنه حين يلفظ بالفية (بالايلاء) لا يقول احد انها طلاق وبعد مضي المدة لا ينقلب طلاقاً ولا يقوله الحنفية بل يقولون ان بنفس مرور المدة وقع طلاقها لا بلفظ الايلاء ولهذا لا يشترطون العزم على الطلاق بل ليس الشرط عندهم الا مضي المدة بل لو مضت وهو عازم على الفيئة لوقع الطلاق وهذا يرد عليهم انه طلاق لا بلفظ اصلا .

صرايح الطلاق ولا كناياته وأجيب بالمنع مسندا بأن عزموا بمعنى مضوا ولم يترخصوا بالفيئة فلام الطلاق اشارة الى الآيلا واذ لا حق له الا الوط وقد اسقطه وذلك معنى الطلاق وانما جعلت الاربعة الاشهر انتظارالترخص بالفيئة كعدة الرجعي ، قلنا اخرج البخاري والموطأ من طريق نافع ان يوقف المولي ليفي او يطلق يروي عن علي وعثمان وأبي الدردا وعايشة واثني عشر رجلا من اصحاب النبي صلى الله عليه واله وسلم قالوا ايلا [١] للعذر لا للوجوب والنزاع فيه ولأنه لو لم يف في الاربعة لكان لها الامتناع عنه بعدها اذ لا يستحق عليها الفيئة بعد الاربعة مديدة يتسامح بها اجماعاً وانقطاع حقه عنها هو معنى البينونة فلا فائدة للطلاق وقد صارت في يد نفسها ، وانما يفي ﴿ **القادر** ﴾ على الوط ﴿ **بالوطء**﴾ ولا يكفي اللفظ ﴿ **والعاجز** ﴾ عن الوط يكفيه ان يفي ﴿ **باللفظ** ﴾ [٢] لكن انما يكفي لاذهاب الغضاضة عنها لا لأيجاب الكفارة فلا تجب عليه واللفظ ﴿**و**﴾ ان كفاه عن الوطء في حال عجزه فإنه ﴿**يكلفه متى قدر ولا امهال** ﴾ له بعد القدرة ﴿ **الا** ﴾ اذا كانت قدرته انما حدثت ﴿ **بعد مضي ما قيد به** ﴾ الايلا فانه يمهل حينئذ ﴿ **يوماً او يومين** ﴾ وفي كل ذلك نظر لأن اللفظ رفع الغضاضة فلا وجه لتكليفه الوط الا على القول بأن للزوجة فيه حقاً لا سيما بعد مضي الايلا فان الغضاضة ارتفعت بارتفاع المدة ﴿ **و** ﴾ الايلا ﴿ **يتقيد بالشرط** ﴾ نحو والله لا وطيتك ان دخلت الدار لكن المسألة في البحر مطلقة وقد عرفناك ضعف ما اطلقت فيه وربما كان الشرط يميناً مركبة فلا تمشي الا على رأي ابي حنيفة وربما كان الشرط عذراً فيخالف فيه من خالف في انعقاد الايلا مع العذر ، واما قوله ﴿ **لا** ﴾ انه يصح فيه ﴿**الاستثناء الا ما مرّ**﴾ فتكرير لما مر ﴿ **ولا يصح التكفير الا بعد الوطء**﴾ لأن موجب الكفارة انما هو الحنث بفعل المحلوف منه وقال الحسن وقول للشافعي لا كفارة اذ لم تذكر ولقوله تعالى « فان الله غفور رحيم » قلنا يمين وقد ثبتت الكفارة بعموم اليمين كما سيأتي ﴿ **ويهدمه لا الكفارة** ﴾ فلا يهدمها ﴿ **التثليث** ﴾ [١*] وان هدم الايلا ، وقال المؤ يد ومالك لا يهدمه غير الكفارة او مضي المدة

---

(١) قوله : ايلا للعذر ، اقول : هذا لا يصح للحنفية لأنهم يقولون قد وقع الطلاق وتيقن الفراق ولم يبق للزوج حق فلا خطاب معه لا ايلاء للعذر ولا وجوباً وكيف يؤ مر بطلاق اجنبية قد طلقت واي فائدة في امره بل لو طلق لكان طلاقاً ضايعاً لانه على امرأة بانت منه .

(٢) هو ان يقول فيئت عن يميني وارجعت عن يميني

(١*) فلوآلا من زوجة ثم طلقها ثالثة انهدم حكم الايلاء اذا عادت اليه بعد زوج ومدة الايلاء باقية وتجب الكفارة ان وطيء .

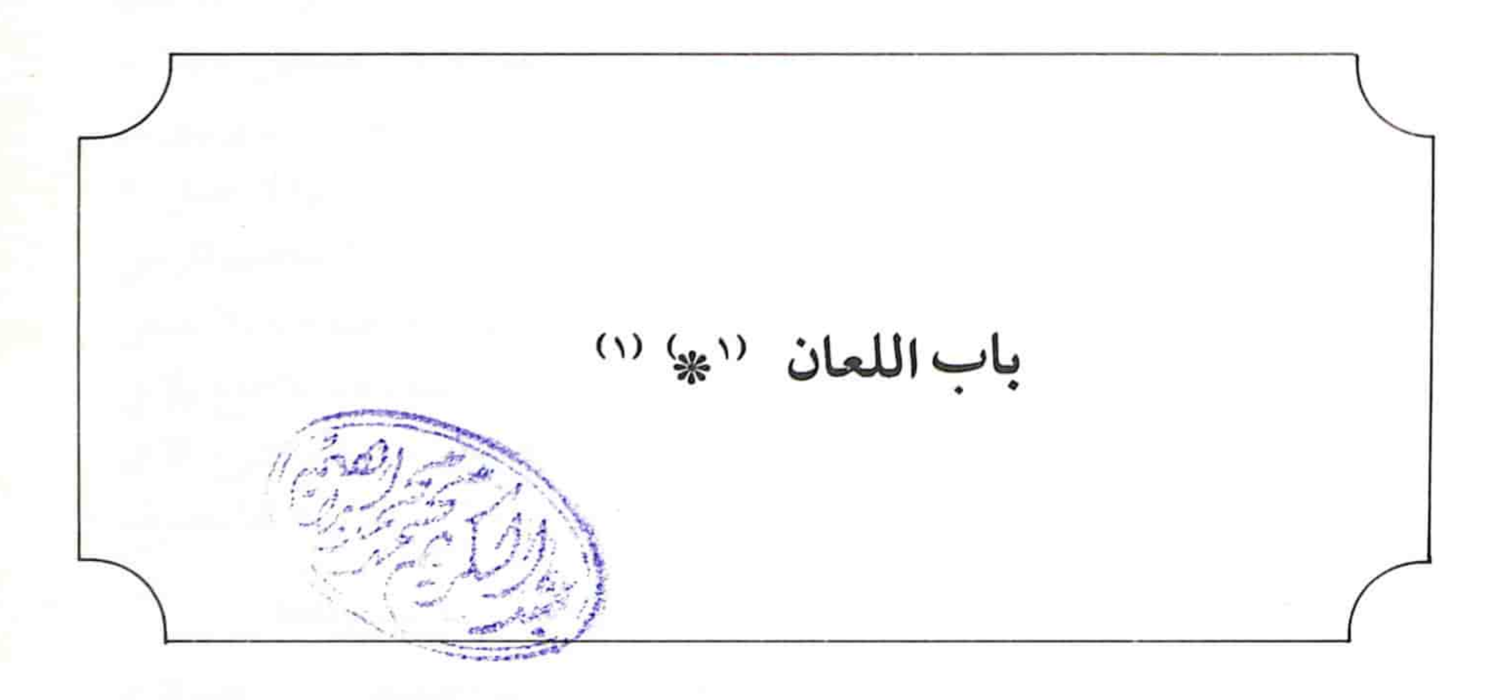
المضروبة له قلنا الأيمان تنصرف الى المعتاد فكان اليمين معقودة على ان لا يطاها بالنكاح الحاضر ولهذا لا ينعقد الآيلاء الا من زوجة والا لزم انعقاده على الاجنبية ﴿ و ﴾ اذا اختلف الزوجان في الايلا وعدمه كان ﴿ **القول لمنكر وقوعه و** ﴾ ﴿ **مضــى مدتــه و** ﴾[1] لمنكر [2] كون ﴿ **الوطء** ﴾ هو الذي حصلت به الفيئة كل ذلك لانه خلاف الاصل والظاهر ﴿ و ﴾ اذا قال في مدة الايلاء ﴿ **سنة ثم سنة** ﴾ فان هذا اللفظ ﴿ **ايلاءان** ﴾ [3] اثنان وقال بعض اصحاب الشافعي ايلا واحد وقواه المصنف ، قلت لان ذلك من عطف المفردات فالكلام واحد ﴿ **لا** ﴾ اذا قال ﴿ **سنتان** ﴾ فايلاء واحد اتفاقاً .

---

(١) **اي واذا اتفقا** في وقوعه ومضي مدته واختلفا بما وقعت الفيئة هل بالوط او باللفظ .

(٢) **فترافعه في السنة الاولى** بعد مضي اربعة اشهر وفي الثانية ترافعه بعد مضي اربعة منها .

(٣) اي اذا اتفقا في وقوعه واختلفا في مضي مدته .



باب اللعان (١*) (١)

(١) **باب اللعان** : اقول : هو لغة مصدر او جمع لعن وهو الابعاد وشرعا كلمات جعلت حجة لمن اضطر لقذف من لطخ فراشة وألحق العار به او لنفي ولد عنه سميت بذلك لا شتما لها على ابعاد الكاذب منهما عن الرحمة وابعاد كل منهما عن الآخر وجعلت في جانب المدعي مع انها ايمان على الاصح وخصه لعسر البينة على زناها وصيانة الانساب عن الاختلاط افاده ابن حجر في تحفته .

(١*) **اللعان يصح من كل من الزوجين** سواء كانا مسلمين او كافرين عدلين أو فاسقين محدودين في قذف او غير محدودين او احدهما كذلك قال الامام احمد في رواية اسحق بن منصور جميع الازواج يلتعنون الحر من الحرة والامة اذا كانت زوجة والعبد من الحرة والامة اذا كانت زوجة والمسلم من اليهودية والنصرانية وهذا قول مالك واسحاق وقول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة وسليمان بن يسار وذهب اهل الرأي والاوزاعي والثوري وجماعة الى ان اللعان لا يكون الا بين زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين في قذف وهو رواية عن احمد من الهدى النبوي وذكر بعده مآخذ القولين .

﴿ فصل ﴾

﴿ يوجبه ﴾ اي يوجب صحته لأنه يوجب فعله وان كان قد ذكر الامام يحيى انه اذا كان هناك ولد وعلم الزوج انه لم يطاها فانه يجب اللعان لئلا [١] يلحق النسب بغير اهله قياساً للرجل على المرأة في حديث ابي هريرة عند ابي داود والنسائي مرفوعاً ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله من شيء ومن الصحيحين عن حديث أبي ذر مرفوعاً ومن ادعى ما ليس له فليس منا فيصححه ﴿ رمى مكلف مسلم ﴾ لما تقدم في مثله ﴿ غير آخر س لزوجة مثله ﴾ في تلك الصفات وقال مالك والشافعي يصح بين الأخرس والخرساء بالاشارة لنيابتها مناب اللفظ عند تعذره مع [٢] عموم الذين يرمون ازواجهم لهما ولا مخصص ، ولا بد من كون الزوجة ﴿ حرة ﴾ خلافاً لمالك [٣] والشافعي واحمد والليث وغيرهم لنا ما يروى ان النبي صلى الله عليه واله وسلم قال « لا لعان بين العبدين ولا الكافرين » ، قالوا لا اصل [٤] له فلا يخصص عموم الآية ﴿ ممكنة الوطء ﴾ لارتقاء او باقية البكارة لأن ذلك مكذب للرامي لها فيجد حد القذف ، واما ذكر ﴿ تحته ﴾ فلا فائدة فيه لأن ذكر الزوجة مغنياً عنه ولا بد من كونها تحته ﴿ عن نكاح صحيح ﴾ لا باطل في غير الحامل وادعى المصنف فيه الاجماع ولا في الحامل خلافاً للشافعي واصحابه اذ لا طريق له الى نفي الولد الا باللعان ، قلنا لم يشرع الا في الزوجة والمنكوحة باطلا ليست بزوجة ، واجيب بانه مبني على ان خطاب الشارع انما ينصرف

---

(١) **قوله : لئلا يلحق النسب بغيراهله ، اقول : كلام الامام يحيى قويم والقياس من تنفيح المناط.**

(٢) **قوله** : مع عموم الذين يرمون ، اقول : قد صح طلاقه بالاشارة المفهمة فليصح لعانه اذا فهم المراد ويصح ايضاً بالكتابة فان القلم احد اللسانين وقد نابت مناب النطق في كثير من الاحكام وليس هذا اللفظ بحديث نبوي كما يتوهمه كثير من الانام .

(٣) **قوله** : خلافاً لمالك والشافعي واحمد والليث ، اقول : خالف الشافعي فقال يصح لعان الامة تحت حر كانت او عبد ووافقه احمد ومالك والليث على ذلك إذا كانت تحت عبد لا اذا كانت تحت حر فالشارح خلط المسألتين وهما مفصلتان في البحر والحديث لا يتم دليلا الا على بعض الصور .

(٤) **قوله** : قالوا لا اصل لداء اقول قال ابن القيم بعد ان ذكر انه من حديث عمرو ابن شعيب ان في طريقه مهالك ومفاوت قال ابو عمر ابن عبد البر ليس دون عمرو ابن شعيب من يحتج به وكذلك حديثه الآخر اربعة ليس بينهم لعان ليس بين الحر والأمة لعان وليس بين المسلم واليهودية لعان وليس بين المسلم والنصرانية لعان في طريقه عثمان بن عبد الرحمن القاضي وهو متروك باجماعهم بالطريق به مقطوعة .

الى الصحيح وهو ممنوع وحققنا سند منعه في الاصول وكذا الفاسد عندنا وقال المؤ يد والامام يحيى يثبت فيه اللعان اذ هو كالصحيح حتى يفسخه الحاكم وقواه المصنف ﴿ **او** ﴾ لم تكن تحته بل قد صارت ﴿ **في العدة** ﴾ بناء على ان المعتدة تسمى زوجة حقيقة ليشملها لفظ ازواجهم في الآية ولا يثبت تسميتها زوجة الا مجازاً باعتبار ما كانت عليه كالعبد للعتيق وحمل اللفظ على حقيقته مجازة وان جوزه البعض فهو مجاز يفتقر الى قرينة ولا قرينة في الآية بل اسباب الاحاديث واردة في غير المعقدة ، ولا بد ان يكون الرمي للزوجة ﴿ **بزنا** ﴾ لا بغيره من الفسوق والكفر لأن متعلق الرمي في الآية محذوف مقدر لدلالة السبب [١] عليه والقياس في الاسباب وان جوزه البعض فقد وقع الاتفاق على انه لا يقاس الرمي بغير الزنا على الرمي به ، ثم لا بد ان يرميها ﴿ **في حال يوجب** ﴾ الرمي والزنا ﴿ **الحد** ﴾ [*١] عليه بالقذف وعليها بالزنا هكذا قرره شيخنا وهو يفتقر الى [٢] تفصيل بين ان يكون الغرض من اللعان نفي الولد او اسقاط الحق اوحد القذف فاذا كان الغرض نفي الولد فلا وجه لاشتراط حرية الزوجة ولا اسلام الزوج ولا بقاءها حال اللعان تحته او في العدة وكذا لو كان الغرض اسقاط الحق وجب ان يثبت اللعان حيث لم يكن الحق ساقطاً الا به واما اذا كان غرضها طلب حده للقذف ان نكل فتلك الشروط للعان متجهة وقد [٣] ادعى المصنف ان شرع اللعان انما هو لدرء الحد وعلى هذا لا

---

(١) اي سبب النزول

(٢) **قوله** : وهو يفتقر الى تفصيل . . . الخ ، اقول هذا تفصيل بالنظر الى الغرض من التلاعن وهذا الغرض لم يشر اليه الشارح حتى يجعله مركزاً لشرايط صحته وانما وجه الاختلاف في صفات المتلاعنين انه تردد اللعان بين كونه شهادة كما سماه تعالى كذلك فيشترط في كل من الزوجين شرايط الشهود او هو ايمان كما سماه به المصطفى صلى الله عليه واله وسلم لولا الايمان لكان لي ولها شأن فلا يشترط فيه صفات الشهود والحق ما جنح اليه ابن القيم رحمه الله من ان لعانهم يجمع الوصفين اليمين والشهادة فهو شهادة تؤكد بالقسم والتكرار يمين مغلظة بلفظ الشهادة والتكرار لاقتضاء الحال تأكيداً لأمر ثم ذكر عشرة اوجه اعتبرت فيه من التأكيد فله حظ من الشهادة وحظ من اليمين فلا تتم شرايط صفات الشهود لعدم كونها شهادة محضه بل النظر في ذلك الى الأدلة الخارجية ان وجدت .

(٣) **قوله** : وقد ادعى المصنف ان شرع اللعان . . . الخ ، اقول : كيف تصح هذه الدعوى مع تصريحه في الفصل الآتي بانه يطلبه الزوج لنفي الولد واسقاط الحق وهذه اغراض شرعية تثبت لطلب الزوج له بل رد على الفريقين في الغيث بقوله لنا ان النسب لا ينتفي الا باللعان فله الحاجة الى المطالبة لئلا يلزمه ولد الغير .

(*١) لا لو كانت في حال لا يجب عليها الحد نحو ان يقول زينب وانت مجنونة او غالطة او صغيرة او مكرهة وقد كانت كذلك او يكون هو مجنوناً أو صغيراً أو نحو ذلك .

يشرع لنفي الولد ولا لأسقاط الحق فلا يكون للزوج طلبه وانما الطلب للزوجة وهو رجوع الى قول الفريقين الآتي لكن حصر الغرض منه في درء الحد قريب من دعوى علم الغيب ، ويثبت اللعان يقذف الزوجة ﴿ **ولو** ﴾ اضاف : الى زناها ما ﴿ **قبل العقد** ﴾ بها لأن السبب هو في الرمي حال الزوجية وهو متحقق ﴿ **او** ﴾ لم يرمها بالزنا وانما حصل منه ﴿ **نسبة ولده منها الى الزنا مصرحاً** ﴾ بكونه من زنا ﴿ **قيل ولو** ﴾ نسبة الى الزنا ﴿ **بعد العدة** ﴾ واشار بالقيل الى ان ذلك خلاف ظاهر الآية الكريمة لأنها انما اوجبت اللعان برمي الزوجة والتي قد انقضت عدتها ليست بزوجة وقد عرفناك ورود هذا على المعتدة ايضاً ﴿ **و** ﴾ **لا بد في** استحقاق اللعان من ان يكون ﴿ **ثمة** ﴾ اي في الزمان الذي يقع فيه التلاعن ﴿ **امام** ﴾ لأن اللعان بدل عن الحد والحدود [1] الى الأيمة كما سيأتي وتقدم في الجمعة بيان ضعف اشتراط ذلك وسقوط ادلته ﴿ **ولا** ﴾ يثبت اللعان ايضاً الا اذا لم يكن من الزوج أو الزوجة ﴿ **بينة ولا اقرار فيهما** ﴾ اي في الغرضين من اللعان نفي الولد ودرء الحد فلو اقر الزوج بالولد او اقرت بالزنا لبطل الغرض من اللعان فلم يجز ﴿ **ومنه** ﴾ اي من الرمي بالزنا ان يقول لزوجته ﴿ **يا زانية** ﴾ لأن نسبة التقييدية كالنسبة الاسنادية .

﴿ فصل ﴾

﴿**و**﴾ في اللعان حق لكل من الزوجين اذ ﴿ **يطلبه الزوج** ﴾ لأمرين أحدهما ﴿ **للنفي** ﴾ أي لينفي به عنه نسب ولد المرأة ﴿**و**﴾ ثانيهما ﴿ **إسقاط الحق** ﴾ الذي كان يلزمه للعدة لو طلق وقال الفريقان [2] لا حق للزوج فيه ، وإنما الحق لها لتدفع به عن نفسها عار

---

(١) **قوله** : والحدود الى الايمة ، اقول : اشارة الى دليل ذلك وهو حديث اربعة الى الايمة تقدم الا ان ابن القيم قال انه صلى الله عليه واله وسلم امر ان يؤتي بالمرأة فتلاعنا في حضرته فكان هذا بياناً ان اللعان انما يكون في حضرة الامام او نايبه وانه ليس لأحد من الرعية ان يلاعن بينهما وسقط على الشارح من كلام المصنف لفظ ولا بيّنة ولا بد منه فانه اذا كان للزوج بينه على زوجته بوقوع الزنا منها فانه لا لعان بينهما لتصريح الآية ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم .

فصل ويطلبه الزوج .

(٢) **قوله** : وقال الفريقان لا حق للزوج ، أقول : لم يقع في زمانه صلى الله عليه وآله وسلم الطلب الا من الزوج فان الآية نزلت بسبب هلال بن أمية أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم فانه أتى وسأل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عمن وجد مع أمرأته رجلاً فنزلت الآية وطلبت امرأته ولا عن صلى الله عليه

القذف ان نكل قلنا دفع مفسدة الحاق النسب بغير أهله أهم من دفع العار وأولى بالاعتبار للنهي[١] المتقدم واما اسقاط الحقوق فلأنها نشزت بالزنا فسقطت حقوقها فإذا خاف مطالبتها في حال لا يثبت فيه اللعان كبعد العدة كان له دفع ما لا يجب عليه بأي وجوه الدفع ﴿و﴾ اما ﴿ هي ﴾ فتطلبه ﴿ للنفي ﴾ أي لتنفي عن الزوج نسب ولدها لتصير عصبته عصبة أمة الا ان هذا لا يصلح مصححاً للطلب شرعاً لأنه مفسدة[٢] على الولد لتفويته عليه مصلحة الأبوة ولعان الزوج للنفي ﴿و﴾ لعانها لدفع عار ﴿ القذف ﴾ وإن كان فيهما تلك المفسدة على الولد فقد اندفعت بتلك المفسدة مفسدة عن نفس الملاعن هي لحوق النسب بغير أهله في طلب الزوج اللعان ولحوق العار لها في طلبها اللعان لرفعه ودفع المفسدة عن النفس أهم من دفعها عن الغير بخلاف جلب مصلحة النفس بمفسدة الغير فلا يجوز اتفاقاً كما تقرر في الكلام ، واذا وقع الترافع للتلاعن ﴿ فيقول الحاكم ﴾ لهما ﴿ بعد حثهما على التصادق ﴾ لما ثبت عند[٣] الجماعة من حديث ابن عمر بلفظ أنزل الله تعالى هؤلاء الآيات في سورة النور فتلاهنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ووعظه وذكره واخبره ان عذاب الدنيا اهون من عذاب الآخرة وفي المرأة كذلك فأبيا فبدأ بالرجل فشهد أربع شهادات بالله الحديث وعند مسلم والنسائي من حديث انس في امرأة هلال لما كانت الرابعة والخامسة قال النبي صلى الله عليه وآله

= وآله وسلم بينهما وهو ظاهر في ثبوت الحق للزوج لانه المطالب وجمع الحافظ ابن حجر في فتح الباري بين الحديثين (١ . ح) بأن يكون هلال سأل أولاً ثم سأل عويمر فنزلت في شأنهما معاً وقد أحسن الشارح بتصحيح الحق له ولم يتفق في عصر النبوءة غير هذين اللعانين ولم يعلم بوقوعه من بعد عصر النبوءة .

(١) قوله : للنهي المتقدم، أقول : يريد حديث ايما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء وهو يفيد النهي بمعناه .

(٢) قوله : لانه مفسده على الولد ، أقول : يرد هذا بعينه في طلب الزوج اللعان لنفي الولد فما وجه تخصيصه لهذا الأخير الا انه قد أبان وجه اختصاصه به بقوله ولعان الزوج . . . الخ فهو جواب عما عساه يرد عليه .

(٣) قوله : لما ثبت عند الجماعة ، أقول : لا يخفى ان الاحاديث أفادت انه يبدأهما بالوعظ قبل الشروع في التلاعن ثم يعاد عليهما الوعظ بعد الاربع قبل النطق بالخامسة فكان على المصنف الاشارة اليه .

(١ . ح) أي في سبب نزول آية اللعان .

وسلم قفوها فانها موجبة فتلكأت حتى ما شككنا انها ستعترف ثم قالت لا أفضح قومي سائر الأيام فمضت على اليمين وهو عند البخاري وأبي داود في هلال وفيها بلفظ فلما كانت الخامسة قيل له يا هلال اتق الله تعالى فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب وفي المرأة بهذا سواء ، وأما[1] ما في حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لهما الله يعلم ان أحد كما كاذب فهل منكما من تايب » فإنما قاله صلى الله عليه وآله وسلم بعد التلاعن ، واذا حثهما على الصدق ﴿ **فامتنعا** ﴾ منه بدا بتحليف الزوج فيقول له ﴿ **قل** ﴾ لها ﴿ **والله اني لصادق فيما رميتك**[2] **به من الزنا** ﴾ واذا كان معها ولد زاد ﴿**و**﴾ في ﴿ **نفي ولدك هذا** ﴾ ويكرر ذلك ﴿ **أربعاً ثم** ﴾ إذا كملت الأربع من الزوج أمرها ان ﴿ **تقول والله انه لمن الكاذبين في رميه** ﴾ فيكفي ذلك ان لم يكن هناك ولد فإن كان ولد زادت ﴿**و**﴾ في ﴿ **نفيه** ﴾ الولد ﴿ **كذلك** ﴾ أن تكرر ذلك أربعاً ﴿ **والولد** ﴾ في حال التحليف ﴿ **حاضر مشار اليه** ﴾ قال المصنف والأقرب انه ان أمكن تعيينه بدون الاحضار له كفى ذلك كما سيأتي في الشهادات ان شاء الله تعالى ، ثم تقديم الزوج في اللعان هيئة اللعان واجبة ﴿ **فإن قدمها** ﴾[3] الحاكم ﴿ **أعاد** ﴾ اللعان خلافاً لأبي حنيفة لنا فعله صلى الله عليه وآله وسلم ورد بأن الفعل لا يدل على الوجوب ، قلنا أيمانها لدرء العذاب وانما

---

(١) **قوله** : وأما ما في حديث ابن عمر ، أقول : اشارة الى رد احتجاج المصنف على حثهما على التصادق بذلك وهو كما قال الشارح ولفظه عند الشيخين فرق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بين المتلاعنين وقال والله ان أحد كما كاذب فهل منكما تايب وقد أورد على حثهما على التصادق انه كيف يحسن وهو يوجب الحد والسنة في الحدود تلقين ما يسقط الحد ، وأجيب بان وجه الفرق ان في اللعان لا بد ان يكون احدهما كاذباً فحثا على التصادق لئلا يقدم أحدهما على الكذب الذي يقبح عقلاً وشرعاً ولان في اللعان حقاً لكل منهما وللولد بخلاف الزاني . فانه حق لله تعالى محض أفاده في شرح ابن بهران .

(٢) **قوله** : فيما رميتك به . . . الخ ، أقول : هذه زيادة على نص القرآن لا حاجة اليها في كلام الزوج ولا في كلام المرأة حيث قالت فيما رماني به من الزنا ولا علمه صلى الله عليه وآله وسلم المتلاعنين بحضرته وقد ذكر ابن القيم عن بعض العلماء ذلك فقال لا حاجة اليه وقال ولا يزاد في صفات الذات المقدسة كأن يقال والله الذي لا آله الا هو ونحو ذلك .

(٣) **قوله** : فان قدمها أعاد ، أقول : هذا هو الصواب وتسميته اعادة مجاز فان الأول ليس باللعان المأمور به في الآية .

يجب عليها بإيمانه وممتنع تقديم المسبب على سببه ، قالوا[١] السبب هو الرمي لأنه دعوى لا بينه عليها فيجب الاعتراف أو اليمين ، وانما يعيد ﴿ **ما لم يحكم** ﴾ فإذا كان قد حكم عمداً أو سهواً فلا إعادة لأن الحكم[٢] يقطع الخلاف ، وقال الشافعي بل يعيد لأن الحكم في مقابلة نص القرآن ، وأجيب بأنه ظاهر ودلالة الظواهر ظنية والحكم لا ينقض الا بقاطع ﴿ **ثم** ﴾ بعد كمال التحليف ﴿ **يفسخ** ﴾ الحاكم[١*] نكاحهما أما بأن يقول كما قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا سبيل لك عليها أو ما يؤدي معنى ذلك ﴿ **ويحكم بالنفي** ﴾ للولد ان كان هناك ولد والحاقه بأمه كما ثبت في الصحيحين من حديث ابن عمر الحاق النبي صلى الله عليه وآله وسلم له بأمه ومن حديث ابن عباس المقدم بلفظ وقضى بأن لا يدعي ولدها الأب ، وانما يجب عليه الحكم ﴿ **ان طلب** ﴾ منه كما سيأتي في القضاء ان شاء الله تعالى ، واذا حكم الحاكم ﴿ **فيسقط الحد** ﴾ للقذف والزنا اجماعاً الا ان أبا حنيفة واصحابه يقولون سقوط حد القذف لا باللعان بل لأن قذف الزوج زوجته لا يوجب[٣] حداً عليه ، قلنا ثبت عند

---

(١) **قوله** : قالوا السبب هو الرمي ، أقول : وهو عجيب فانه لا ريب ان سبب أيمانها هو حلف الزوج الذي يوجب عذابها لو لم تحلف ، وأما رمي الزوج لها فانما هو سبب لحد القذف عليه ودفع مسببه وهو الحد ايمانه فأوجبت عليها ايمانه عذابها برجمها فدفعته ايمانها فايمان كل واحد منهما درأن عن كل واحد منهما العذاب عذاب الرجل بحده القذف وعذاب المرأة بالرجم فالرمي سبب لعذاب الرجل وكلامنا في عذاب المرأة .

(٢) **قوله** : لان الحكم يقطع الخلاف ، أقول : أي خلاف فأن خلاف أبي حنيفة قد عرفت بطلان دليله ولا يعتبر بخلاف دليلة باطل فالحق مع المصنف والشافعي في انه يعيد الالتعان وأما قول الشارح بان نص القرآن ظاهر ودلالة الظهور ظنية فكلام ساقط لان ما عينه الله وبينه كتقديم الزوج في الالتعان على المرأة فأنه واجب لا يحل خلافه بالغلط والاجتهاد الباطل والالزم ابطال الكثير من كلام الله تعالى على انه سيأتي له في كتاب القضا على هذه القاعدة أبحاث ستعرفها ان شاء الله تعالى .

(٣) **قوله** : لا يوجب حداً عليه ، أقول : قالت الحنفية ولكن يحبس حتى يلاعن أو تقر الزوجة وقول الشارح اما لو نكل حد محل النزاع كما لا يخفى ويكفي في الرد عليهم ان قوله صلى الله عليه وآله وسلم «والاحد في ظهرك» لو لم يجب الحد بقذف ما كان لهذا معنى ولانه قذف حرة عفيفة يجري بينها وبينه

(١*) قول البحر واذا فرق الحاكم بينهما دعوى بلا دليل بل تقع الفرقة بينهما بايمانهما لحديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم «قال المتلاعنان اذا تفرقا لا يجتمعان ابداً» وعن علي عليه السلام قال مضت السنة في المتلاعنين ان لا يجتمعا ابداً وعن علي وابن مسعود قالا مضت السنة ان لا يجتمع المتلاعنان رواهن الدار قطني وفي آخر حديث سهل بن سعد ففرق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بينهما وقال لا تجتمعان ابداً لا يدل على ما ظنوا من الحكم الخاص بل أجير النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالمشروع اللازم لكل أحد وفي حديث ابن عمر وهو متفق عليه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها لم يزد على هذا . منار .

البخاري وأبي داود من حديث ابن عباس رضي الله عنه وعند النسائي من حديث أنس ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لهلال البينة أوحد في ظهرك وقال هلال لو ان رجلاً وجد مع امرأته رجلاً فتكلم جلدتموه وقرره النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، قالوا ذلك[١] قبل اللعان ، وأما بعده فقد نسخ الحد به ، قلنا اذا حلف اما لو نكل فأين النسخ ﴿ **وينتفي النسب** ﴾ لما تقدم[٢] من حديث ابن عباس وابن عمر ﴿ **ويفسخ النكاح** ﴾ بلا طلاق وقال البتي [٣] ، **لا بد من الطلاق لما في بعض روايات** حديث سهل بن سعد عند الشيخين وأبي داود والنسائي في لعان عويمر العجلاني وامرأته من

= القود فحد بقذفها كالاجنبي ولأنه لو لعنها ثم أكذب نفسه بعد لعانه وجب عليه الحد فدل على أن قذفه سبب لوجوب الحد عليه وهذا فيما اذا نكل الزوج من اللعان بعد قذفه ، وأما اذا نكلت المرأة بعد لعانه فهل تجد للزنا أو تحبس حتى تلاعن أو تقر فعن الشافعي وجماعة من السلف تحد وعن أحمد بن حنبل رواية انها لا تحد بل تحبس حتى تقرأ وتلاعن وأستدل موجب الحد بانه تعالى جعل التعان الزوج بدلاً عن الشهود وقايماً مقامهم ولذا اعتبر عددهم ولأنه تعالى جعل شهادتها أربع شهادات سبباً لدرء العذاب عنها وهو حدها للزنا المشار اليه بقوله تعالى «وليشهد عذابهما طايفة من المؤمنين» فدل على أنه قد وجد سبب عذابها وهي شهادة الزوج والتعانه وقد بسط الرد على من زعم انها لا تحد بنكولها أبن القيم وأبان الادلة على لزوم حدها بنكولها في الهدى النبوي .

(١) **قوله** : قالوا ذلك قبل اللعان ، أقول : أي قالت الحنفية أن وجوب الحد على الزوج في قذفه زوجته كان قبل اللعان لا بعده ولا يخفى انه نقل عنهم ان قذف الزوج لزوجته لا يوجب حداً وهذ الجواب يناقض ما نقله .

(٢) **قوله** : لما تقدم في حديث أبن عباس . . . الخ ، أقول لم يتقدم (١ . ح) في لفظهما دليل نفى النسب لان الشارح لم يأت بهما تأمين وفي الصحيحن عن ابن عمر والحق يعني النبي صلى الله عليه وآله وسلم الولد بأمه وعند أبي داود من حديث أبن عباس ففرق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بينهما وقضى ان لا يدعى ولدها لاب ولا يرمى ولدها ومن رماها ورمى ولدها فعليه الحد .

(٣) **قوله** : وقال البتى . . . الخ ، أقول : وهو مذهب جابر بن زيد المعروف بأبي الشعثا ومحمد بن أبي صفرة وطايفة من فقها البصرة ولا يخفي انه لا حجة في طلاقه لأنه لم يأمره به صلى الله عليه وآله وسلم ولا يجب انكاره لأنه ليس بمنكر بل كلام لاغ وقع على أجنبية كما تقدم .

(٤) وهو ابو عثمان .

(١ . ح) بل تقدم في شرح قوله ويحكم بالنفي .

لفظ فطلقها ثلاثاً قبل ان يأمره صلى الله عليه وآله وسلم « فقال صلى الله عليه وآله وسلم ذاكم التفريق بين كل متلاعنين» قلنا الاشارة الى اللعان لا الى الطلاق والا لأمر به هلالاً ولم ينقل وقد فرق بينه وبين امرأته ، وأما ما في حديث سهل بن سعد من لفظ وكان فراقه إياها سنة في المتلاعنين فمع انه مدرج من قول الزهري مراد به فرقة الفسخ لما في حديث ابن عباس المقدم من لفظ قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان لا بيت لها عليه ولا قوت من أجل انهما يتفرقان انتهى ، وهو صريح في انه ليس طلاقاً خلافاً لأبي حنيفة لنا لو وجب الطلاق او كان طلاقاً بمجرده للزمت احكامه من النفقة والسكنى ، واجيب بمنع الملازمة لجواز تخصيص بعض انواع الطلاق بحكم غير حكم جنسه العام ، قلنا لو كان طلاقاً لم يرتفع الفراش من حينه ولم تحرم مؤبدا[1] ﴿و﴾ قد ثبت انه ﴿ **يرتفع الفراش** ﴾ بعد لحوق الولد للزوج و ﴿**وتحرم مؤبدا** ﴾ خلافاً للمنتخب وأبي[2] حنيفة ومحمد لنا ما في بعض روايات ابي داود لحديث سهل بن سعد المقدم من لفظ فمضت السنة بعد في المتلاعنين بفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً وهو عند الدارقطني والبيهقي ايضاً وهو عندهما من حديث ابن عمر بلفظ المتلاعنان لا يجتمعان أبداً وفي الباب عند ابن أبي شيبه وعبد الرزاق عن علي وعمر وابن مسعود ، قالوا موقوفات قلت ولو ثبت الرفع وجب حمله على ما اذا بقيا مصرين ، اما اذا [3] اكذب الزوج نفسه وتاب لم يتابد

---

(١) **قوله** : ولم تحرم مؤ بداً ، أقول : وذلك لأنه طلاق زوجة مدخول بها بغير عوض لم ينو به التثليث فيلزم انه رجعي وهو يحرم مؤ بداً اتفاقاً بين أبي حنيفة والجمهور فيكون كفرقة الرضاع وانما يقول أبو حنيفة أنها تحل له اذا اكذب نفسه وأحتج الجمهور بأن اللعان ليس من صرايح الطلاق ولا كناياته اذ لو كان صريحاً أو كناية لوقع بنفس لعان الزوج ولم يتوقف على لعان المرأة .

(٢) **قوله** : وأبو حنيفة ومحمد ، أقول : في الهدى النبوي عنهما وعن سعيد بن المسيب انه ان أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب ، قال وهذا على أصله أي أبي حنيفة اطرد لان فرقة اللعان عنده طلاق ، قلت الا انه اذا كان قائلاً انه بأين كان خاطباً من الخطاب ، وأما اذا قال أنه رجعي فهو أحق بها ما كانت في العدة كما هي رواية عن سعد بن جبير ثم قال والصحيح القول الاول أي التحريم مؤ بداً الذي دلت عليه السنة الصحيحة الصريحة ، وأقول الصحابة وهو الذي تقتضيه حكمة اللعان ولا تقتضي سواه فان لعنة الله وغضبه قد حل بأحدهما بلا محالة .

(٣) **قوله** : أما اذا اكذب الزوج نفسه ، أقول : تقدم ان ذلك محل الخلاف بين الحنفية والجمهور ، وأما مع الاصرار فالظاهر انه لا قايل بالحل ، وأما دعواه ان قضية التحريم مشروطة فلا دليل على ذلك

التحريم لأن الحكم بتأبده أي ما داما بصفة المتلاعنين بدليل انه صلى الله عليه وسلم انمافرق بينهما بعدان قال لهما الله يعلم ان احدكما لكاذب فهل منكما تايب فأبيا ففرق بينهما وترتيب التفريق بالفا على الأباء من التوبة ظاهر في انه المانع من الاجتماع فاذا ارتفع المانع من الاجتماع ووجد السبب وجب حصول المسبب ﴿**لا**﴾ ان هذه الأحكام[(١)] تثبت ﴿ **بدون ذلك** ﴾ القدر من الايمان ﴿ **مطلقاً** ﴾ أي سوى انظم الى الايمان الناقصة حكم ام لم ينضم وقال أبو طالب وأبو حنيفة اذا فرق الحاكم بينهما بعد اثنتين أو ثلاث شهادات من كل منهما فقد أخطأ السنة ونفذ الحكم بناء على ان الايمان شهادة فتكفي اثنتان كما يكفي شاهدان[(١*)] ورد بأن ذلك اجتهاد في مقابلة النص ولو سلم فانما يقبل في غير النصب المقدرة والا لجاز أخذ الزكاة من غير النصاب ونحو ذلك ﴿ **ويكفي** ﴾ اللعان الواحد في النَّفي ﴿ **لمن ولد** ﴾ أي ولدته المرأة ﴿ **بعده** ﴾ أي بعد وضع المنفى ﴿ **لدون ادنا الحمل** ﴾ لأن الولدين حينئذ حمل واحد فلا وجه لتخصيص بعض الحمل بحكم اللعان دون بعض ﴿ **ويصح** ﴾ من الزوج ﴿ **الرجوع عن النفي فيبقى** ﴾ من تلك الأحكام الخمسة التي ثبتت بالحكم بالنفي ﴿ **التحريم** ﴾ الموبد[(٢*)] ويبطل باقيها قال في المنتخب وأبو حنيفة ومحمد بل يبطل التحريم الموبد فيصح ان ترجع اليه بعقد جديد .

قلت وهو الحق لأن انتفاء أحد موجبات العلة[(١*)] الواحدة برهان على انتفاء سائر

= واستدلاله بقوله فهل منكما تايب وأنه فرق بينهما بعد عرض التوبة خلاف الفاظ الحديث فانه في الصحيحين بالفاظ أحدها انه قال لهما حسابكما على الله أحد كما كاذب لا سبيل لك عليها وفي لفظ لهما فرق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بين المتلاعنين وقال والله ان أحدكما كاذب فهل منكما تايب وفي بعض الفاظه مثل ما ذكر عند البخاري الا أن روايات أن ذلك بعد التفريق أكثر وفي بعضها أنه قال ذلك حال شهادتهما قبل الفراغ طمعاً في رجوعهما عن اللعان على أن قوله أن ترتيب التفريق على الابا من التوبة يقضي بانه لا تفريق بنفس اللعان وهو خلاف ما قرره .

(١) الخمسة .

(١ *) يقال ههنا لا يكفي شاهدان لانه قذف بالزنا وأن أراد الكفاية في غيره فلا يصح القياس لما علم من انه لا يكفي فيه شاهدان والله أعلم .

(٢ *) فيحد للقذف ولا كلام انه يثبت النسبة والأرث وانفساخ النكاح وانما الخلاف هل يبقى التحريم المؤ بد . نجري .

(١ *) العلة هي اللعان مع الحكم وموجباتها بفتح الجيم اسم مفعول الخمسة الاحكام وانتفا أحدها هو النفي للنسب وانتفاؤه بالرجوع عنه والله أعلم .

موجباتها وقد تقدم تحقيقه آنفاً الا ان بطلان النفي بالرجوع انما تثبت احكامه ان رجع الزوج قبل موت الولد المنفي ﴿ **فان رجع بعد موت المنفي لم يرثه** ﴾ لأنه بموته استحق ميراثه غير الزوج فاقراره دعوى لاستحقاق ما ملكه الغير ﴿ **قيل** ﴾ لا يرثه ﴿ **وان لحقه** ﴾ أي لحق الزوج نسب ﴿ **ولده** ﴾ أي ولد المنفى لو كان له ولد لأن اقراره تضمن اثبات حق له وهو الميراث وإثبات حق عليه وهو ما يلحقه من أحكام النسب فثبت ما عليه ولا يثبت ما هو له وقال الناصر والشافعي بثبوت نسب ولد الولد الميت بالاقرار واذا ثبت نسبه بالاقرار ورثه ورُد بما تقدم [١] واما تعبير المصنف عنه بلفظ القيل الدال على الضعف فانما استضعف نسبته للمذهب وان كان قوياً في النظر ﴿ **ولا** ﴾ يصح ﴿ **نفي** ﴾ ولد ﴿ **بعد الاقرار** ﴾ به ﴿ **أو** ﴾ بعد ﴿ **السكوت** ﴾ عن نفيه ﴿ **حين العلم به و** ﴾ هو أيضاً عالم ﴿ **ان له النفي** ﴾ أما عدم صحة الرجوع بعد الاقرار فلأنه لو صح الرجوع بعده لصح الرجوع عن كل إقرار فلم يتقرر حق بإقرار وذلك خلاف الاجماع واما عدم صحته بعد السكوت مع العلم بأن له النفي فلأن استحقاق النفي مضيق كخيار الصغيرة متى بلغت كما تقدم وقال مجاهد وعطا على التراخي ما لم يرض به كخيار المعتقة ، واما تقدير المهملة بثلاث ايام أو سبعة او مدة النفاس فمما لا دليل عليه ﴿ **ولا** ﴾ يصح نفي ولد الفراش ﴿ **بدون حكم** [*١] **ولعان** ﴾ خلافاً للمنصور ومالك والليث اذا صادقته الزوجة [٢] قلنا يتصادقان على اسقاط حق الولد ولا يصح قالوا حديث الولد للفراش ربطٌ بالمظنة ولا تأثير لها مع تحقق انتفاء المئنة كما ان درى الاسلام مظنة الحكم باسلام من فيها واذا علم الكفر زال اعتبار المظنة قطعاً ﴿ **ولا** ﴾ يصح النفي ﴿ **لمن مات أو أحد أبويه قبل الحكم** ﴾ بل يثبت نسبة الولد والميراث ﴿ **لا لبعض بطن دون بعض** ﴾ [*٢] بالنفي وقال الشافعي وأصحابه يصح ، وأجاب المصنف بأنه لا فائدة فيه وقال الغزالي فائدته انتفاء الميراث وأجاب المصنف بأنه يمكن الزوج ردّ ميراثه من الولد بلا لعان فلا فائدة في

---

(١) عن كونه دعوى لاستحقاق ما ملكه الغير .

(٢) ولم يلزمه الولد وتحد المرأة .

(١ *) فلو حكم الحاكم من دون لعان لم يصح النفي والتعنا ولم يقع حكم فكذلك .

(٢*) أي لو ولدت المرأة تومين لم يصح نفي أحدهما دون الآخر وكذا لو نفاهما جميعاً ثم مات أحدهما قبل الحكم فانه يبطل نفيهما جميعاً وفي شرح الاثمار المختاران لا يبطل وكذا لو نفى ولداً لها والتعنا وحكم الحاكم ثم جاءت بولد لدون ستة أشهر من يوم الوضع فان الآخر ينتفى نسبه بانتفاء نسب الاول وان أقر بالثاني ثبت نسب الاول ايضاً .

اللعان ، قلت اذا كانت المرأة هي الطالبة للعان كانت فائدته اختصاصها وعصبتها بميراثه وتلك فائدة ظاهرة،وأما موت أحد الابوين فلأن إيمانه جزء سبب النفي وقد تعذر وانتفاء جزء[١] العلة موجب لانتفاء المعلول ﴿ولا﴾ يصح النفي ايضاً ﴿**لبطن ثانٍ لحقه بعد**[*١] **اللعان**﴾ الى تمام أربع سنين من قبل الحكم لأن اللعان انما يكون لزوجة وقد انقطعت الزوجية باللعان الأول لتأبد التحريم قال المصنف ولحوق الولد اللاحق انما كان بالفراش الثابت قبل الحكم فلا ينافيه قولنا فيما سبق ويرتفع الفراش لأنه انما يرتفع بعد الحكم ، وأقول سببية الفراش الثابت قبل الحكم عاد عليها اللعان بالابطال والا لما قضى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ان لا يدعا ولدها لأب على أن ولدها جنس مضاف وهو عام عند المصنف فيشمل الأول واللاحق ﴿و﴾ يصح النفي ﴿**للحمل**﴾ **قدعرفناك غيرمرةان معنى الصحةترتب ثمرة** الفعل الشرعية عليه ولا ثمرة للنفي بلا لعان إذ المراد بنفي الحمل دعوى انه ليس له ولا ثمرة لهذه الدعوى وانما الثمرة للعان ولا لعان لنفي الولد قبل وضعه لأنه يشترط حضوره او وضعه بما يميزه كما تقدم وكأنه أراد بالصحة انه يجوز للزوج الرمي للزوجة لكنه لا يبقى لقوله ﴿**ان وضع لدون ادنا مدته**﴾[*٢] وجه لأنه اذا جاز النفي بغلبة ظن الحمل فسوا ولد لتلك المدة او لغيرها وأما توهم ان الوضع لدون ادنا مدته يكشف عن كونه كان موجوداً حال النفي فيجوز للزوج النفي فمستلزم تقديم المشروط[*٣] على شرطه ﴿لا﴾ انه يصح ﴿**اللعان قبل الوضع**﴾ لا مطلقاً خلافاً[٢] لما لك ولا مشروطاً بأن أتت به لدون ادنا مدته خلافاً لأبي طالب

---

(١) وهو ايمان احد الابوين .

(٢) **قوله** : خلافاً لمالك ، أقول : في الهدى ان هذا قول جمهور أهل العلم أعني اللعان حال الحمل اعتماداً على قصة هلال بن أمية فانها صريحة في اللعان حال الحمل ونفى الولد في تلك الحال وقد قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم ان جاءت به على صفة كذا وكذا فلا أراه الاصدق عليها الحديث ، وأما احتمال ان الحمل ريح فاحتمال بعيد فان للحمل قرآين يظن معها ظناً قوياً ومن ثمة وجب للحامل عدة مخصوصة من النفقة ووقف الميراث وغير ذلك ولا يدفع الأمر المظنون بالاحتمال البعيد وليس القول بأنه لا لعان قبل الوضع الا شبيه الرد للنص فالحق ما جنح اليه الشارح .

(*١) **فلو وقع اللعان لنفى الولد** وحكم الحاكم وجاءت بولد بعد ذلك لستة أشهر فأكثر الى أربع سنين من يوم الحكم لحقه .

(*٢) **فاذا ولدت لدون** ستة أشهر من يوم النفي انكشف صحة النفي وأن وضعت لاكثر بطل .

(*٣) وهو صحة النفي للحمل على شرطه وهو الوضع لدون أدنا مدة الحمل .

لنا لا يقين بوجوده لاحتمال كونه ريحاً أو نحوه ، قالوا لا عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بين العجلاني وامرأته وهلال وامرأته قبل أن تضعا قلنا لدرء الحد لا لنفي الولد ، قالوا بل في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر بلفظ ان رجلاً رمى امرأته وانتفى من ولدها ولأن المرأتين لم يطلبا الزوجين ، وانما أرسل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لهما بطلب الزوجين كما ثبت ذلك في الحديثين المذكورين وطلب الزوج انما يكون لنفي الولد او اسقاط الحق ﴿ **وندب تأكيده بالخامسة** ﴾ ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين وان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ، قال المصنف وانما لم يحكم بوجوبها للاجماع على ان الحاكم لو فرق بينهما بعد الأربع لصح اجماعاً لقوله صلى الله عليه وآله وسلم « لهلال قم فاشهد اربعاً » فاقتضى ان الخامسة تأكيد فقط انتهى وما أدرى ما صحة دعوى الاجماع وما مستنده ان صح لأن قم فاشهد أربعاً لا يصلح مستنداً لأن مفهوم العدد في جانب النقصان ولو سلم انه في جانب الزيادة والنقصان لبطل بالنص على الخامسة اذ المفهوم لا يعارض المنطوق والظاهر ان مستند الاجماع ان صح ، اما كون الخامسة[1] خبراً لا الزاماً ، وأما قياسها على عدم وجوب غير أربعة في شهود الزنا فقيس عدم وجوب الخامسة على عدم وجوب الشاهد الخامس لكون شرع الايمان بدلاً عن الشهود لقوله تعالى « ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم » ﴿**و**﴾ اما انه يندب ﴿ **القيام حالة** ﴾ فمبني على صحة قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم لهلال قم فاشهد وان المراد به[2] القيام

---

(١) **قوله** : كون الخامسة خبراً لا الزاماً ، أقول : كأنه يريد انه صلى الله عليه وآله وسلم لم يلزمه بها وانما ورد القرآن بها على صفة الاخبار الا انه يقال القرآن ورد في الكل بصيغة الاخبار من الأربع والخامسة ، وأما قوله صلى الله عليه وآله وسلم قم فاشهد أربعاً فاعتماد لكتاب الله تعالى لم يقل فشهادة أحدهما خمس شهادات بل قال أربع شهادات والخامسة بل افراد الخامسة دال على ان لها شأناً اكد مما قبلها والا لضمت الى ما قبلها في اللفظ كما دل لذلك افراده صلى الله عليه وآله وسلم للحث على التصادق والتوبة بعد ايقاع الاربع وقبل التلفظ بها والحث على ذلك قبل ايقاع شيء من ايمان اللعان ثم اعلامه ان هذه الخامسة هي الموجبة من اكد أدلة وجوبها ويدل على انه لا ايجاب قبلها فلا يتم الحكم بالأربع ولا ينفذ والا لكان الغا لقوله انها الموجبة ، وأما دعوى الاجماع فكم لها من نظائر غير صادقة وفي الهدى انه لا يقبل من الرجل أقل من خمس مرات ولا من المرأة ولا يقبل منه ابدال اللعنة بالغضب والايعاد والسخط ولا منها ابدال الغضب باللعنة والابعاد والسخط بل يأتي كل منهما من ذلك بما قسم الله له شرعاً انتهى وهو كما ترى يقضي بأنه لا اجماع على سقوط الخامسة بل ظاهر انه لا بد منها .

(٢) **قوله** : وان المراد به القيام الحقيقي ، أقول : هذا هو الظاهر ويؤيده ان في الصحيحين في القصة ثم

الحقيقي ولم أرَ له اصلاً في الصحة وانما الحديث بلفظ فقام فشهد على ان المراد بالقيام العزم كما في اذا قمتم الى الصلاة وان تقوموا لله مثنى وفرادا ونحوهما ﴿و﴾ اما ندبية ﴿ **تجنب المسجد** ﴾ فيدفعه ما في الصحيحين من حديث سهل بن سعد بلفظ فتلاعنا في المسجد وانا مع[1] الناس واخرج ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب وغيره ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم امر الزوج والمرأة فحلفا بعد العصر عند المنبر ورواه البيهقي من حديث عبدالله بن جعفر لكنه من طريق الواقدي بلفظ لا عن بين العجلاني وامرأته على المنبر .

= قامت فشهدت قال ابن القيم لانه اذا قام يشاهده الحاضرون فكان ابلغ في شهرته وأوقع في النفوس وفيه سر آخر وهو ان الدعوة التي يطلب اصابتها اذا صادفت المدعو عليه قايماً نفذت فيه ولهذا لما دعي خبيب على المشركين حين صلبوه أخذ أبو سفيان معوية فاضجعه وكانوا يرون ان الرجل اذا الطى بالارض زالت عنه الدعوة انتهى ، قلت لم يذكر لهذا السر دليل وفعل أبي سفيان فعل جاهلي لا أعتداد به ولاظهر لي وجه هذا السر الا ان يقال ان اللاطي في الارض شبيه المستكين الخاضع المترقب للرحمة فيبعد عنه ورود البلا .

(١) **قوله** : وانا مع الناس ، أقول : أخذ منه انه يسن التلاعن بمحضر من الناس يشهدونه لقوله مع الناس ولانه حضره سهل بن سعد وابن عمر وابن عباس مع حداثة اسنانهم فدل انه في جمع كثير من الناس فان الصبيان انما يحضرون على هذا الامر تبعاً للرجال .

بـــاب
الحضانة ـ بكسر الحا المهملة . قاموس



اذا وقع التنازع بين الأم وغيرها في حضانة ولدها فان ﴿ **الأم الحرة** ﴾ لا الأمة لاشتغالها[١] بحق سيدها كالأم اذا نكحت بخلاف الحرة فهي ﴿ **أولى بولدها** ﴾ أي بحضانته بلا أجرة أو بما تُستأجر به غيرها فلا يحمل على إطلاقه لما سيأتي من ان للأب نقل الولد الى مثلها تربية بدون ما طلبت ، وانما كانت احق لما اخرجه احمد وأبو داود والبيهقي من حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعا وثديي له سقا وحجري له حوا[٢] وان أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني فقال أنت أحق به ما لم تنكحي وهو عند الدارقطني بلفظ الأم أحق بولدها ما لم تزوج وفيه المثنى بن الصباح[٣] ضعيف ، وانما تكون أحق به ما دام طفلاً ﴿ **حتى يستغني بنفسه أكلاً وشرباً ولباساً ونوماً** ﴾ ولا حد

باب الحضانة

(١) **قوله** : لاشتغالها بحق سيدها ، أقول : وقال المصنف انه لا يحفظ في ذلك خلافاً أنتهى . وفي الهدى ما لفظه اما اشتراط الحرية فلا ينتهض عليه دليل يركن القلب اليه وقد أشترطه أصحاب الأيمة الثلاثة وقال مالك في حر له ولد من أمه ان الأم أحق به الا ان تباع فينتقل فيكون الأب أحق به وهذا هو الصحيح الا ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لا توله (١ . ح) والدة عن ولدها وقال من فرق بين والدة وولدها في البيع فرّق الله بينه وبين احبته يوم القيامة وقد قالوا لا يجوز التفريق بين الأم وولدها الصغير في البيع فكيف يفرق بينهما في الحضانة وعموم الاحاديث يمنع من التفريق من الحضانة والبيع واستدلالهم بكون منافعها مملوكة للسيد فهي مستغرقة في خدمته فلا تفرغ لحضانة الولد ممنوع بل حق الحضانة لها تقدم به في أوقات حاجة الولد على حق السيد انتهى ولا يخفى قوله .

(٢) الحوا اسم المكان الذي يحوي الشيء اليه مختصر نهاية .

(٣) **قوله** : وفيه المثنى ، أقول : الذي في سنن أبي داودنا محمود بن خالد السلمي نا الوليد بن عمرو ـ يعني الاوزاعي قال حدثني عمرو بن شعيب الحديث ومحمود وثقة النسائي والوليد هو ابن مسلم الدمشقي عالم الشام ثقة له رواية والاوزاعي الامام المشهور فقول الشارح ان في طريقه المثنى ان اراد في مسند ـ الدار قطني فلا يضر لانه قد ثبت في غير طريقة وان أراد في الطرق كلها كما هو ظاهر عبارته فوهم ، نعم للناس كلام في عمرو بن شعيب لكن قال ابن القيم هذا حديث احتاج الناس فيه الى عمرو بن شعيب ولم يجدوا بداً من الاحتجاج به هنا ومدار الحديث عليه وليس عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم حديث في سقوط الحضانة بالترويج غير هذا وقد ذهب اليه الأيمة الاربعة وغيرهم وقد صح سماع ابن شعيب عن جده عبدالله فبطل قول من قال انه منقطع وقد أحتج به البخاري خارج صحيحة

(١ . ح) الوله ذهاب العقل والتحير من شدة الوجد . مختصر النهاية .

لوقت الاستغناء لاختلافه باختلاف الصبيان وقال المؤ يد والشافعي سبع سنين او ثمان لنا ان وجه الاستحقاق رعاية مصلحة الصبي والرفق به . كما يشهد له ما لم تنكحي لأن نكاحها مظنة عدم حصول الرفق بالصبي ويشهد له ما اخرجه عبد الرزاق عن عكرمة قال ان امرأة عمر بن الخطاب خاصمته الى أبي بكر في ولدله عليها فقال ابوبكرهي اعطف والطف وأرحم وأحنى وهي أحق بولدها ما لم تزوج واخرجه في الموطأ بدون التعليل المذكور واذا كانت العلة ارادة الرفق بالصبي وجب أن يبقى حقه الى ان يرتفق بنفسه من دون تحديد بزمان ، قلت ويستلزم انها اذا ظهرت للحاكم المصلحة للولد في الكون مع أبيه لمفسدة عليه في بقائه مع امه كان الحق لأبيه كما سيأتي في مسقطات حق الأم قالوا وحمل على إطلاقه لم يكن التقييد بحتى يستغني مستنداً الى دليل فتستحقه دائماً واللازم باطل بالاتفاق قلنا مستند التقييد حديث انه اختصم رجل وامرأة في ولد منها الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت المرأة يا رسول الله ان ابني هذا قد نفعني وسقا في من بيرابي عنبه وان أباه يريد أن يأخذه مني فقال الأب لا أحد يحاقني في ابني فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم للغلام ، «هذا أبوك وهذه امك فاتبع أيهما شئت فاتّبع امه » احمد وأبو داود وابن ماجه وابن حبان والترمذي وحسنه من حديث ابي هريرة وهو عند ابن أبي شيبة بلفظ استهما فيه وصححه ابن القطان وروى الشافعي عن عمارة الجرمي قال خيرني علي عليه السلام بين أمي وعمي وأنا ابن سبع أو ثمان سنين وقال لأخ اصغر مني وهذا لو بلغ مبلغ هذى لخيرته ورواه أبو داود الا انه قال عن يونس الجرمي عن علي بن ربيعة عن علي فأخطأ والصواب عمارة عن علي لا على بن ربيعة عنه قالوا حديث علي عليه السلام ظاهر في التحديد فهو عليكم لا لكم قلنا لأنه عرف استغناه بنفسه ، قلت وقت الاستغناء غير منضبط والتعليل بغير المنظبطة لا يصح فلا بد من ربطها بمظنة ولا يرد النقص بالمجنون لأن حكمه الصبي في جميع الأحكام ، ثم الحديثان[1] مخالفان للقياس من كون ولاية النظر في

= ونص على صحة حديثه وقال كان عبدالله بن الزبير الحميدي وأحمد واسحاق وعلي بن عبدالله يحتجون بحديثه فمن الناس بعدهم هذا لفظه انتهى .

(١) **قوله** : ثم الحديثان ، أقول : يريد حديث عمرو بن شعيب وحديث التخيير لان حديث عمرو يقضي بان الأم أحق مطلقاً وحديث التخيير ينافيه ، والقول بانه في حق الغلام وحديث عمرو في حق الطفل لا دليل عليه ولانهما قد خالفا القياس وهو ان ولاية النظر في المصلحة الى الأب وما خالفه وقف على محله كما علم في الاصول هذا تقرير مراده وانه لاحق للام اصلا قلت ولا يخفى ان القياس لم

مصلحته الى أبيه ومتعارضان في الظاهر وحمل احدهما على الطفل والآخر على الغلام مما لا يستند الى دليل مع مخالفتها لقياس الولاية واستحقاق الأب لارضاع الولد مع غير امه كما سيأتي ان شاء الله تعالى وقد تقرر في الأصول ان الخبر المخالف لقياس الأصول يوقف عند المحققين على محله لا سيما اذا لم يكن في اللفظ عموم كما في مقامنا هذا وقد ادعى المصنف الاجماع على ان الأم اقدم الحواضن وما ادري عن صحة الدعوى بعد الخلاف في تعميم الخبر المخالف للقياس ومنع القياس عليه ﴿ ثم ﴾ اذا عدمت الأم نفسها استحقت الحضانة ﴿ أمهاتها وان علون ﴾ قياساً[1] للجدة على الأم لكنه انما يتمشى على القول بصحة القياس على مخالف القياس ، واما استثنآء الشافعي للجدة التي لا ترث فمبني على قياس الحضانة على الارث ولا جامع ولا حق للعليا مع وجود السفلى كما في الميراث الا ان يوجد في السفلى مسقط لحقها كما سيأتي ان شاء الله تعالى ﴿ ثم الأب الحر ﴾ لا العبد لاشتغاله بحق سيده فاذا كان الأب حراً فهو أولى بحضانة

= ينهض على تعميم احقية الاب في الولاية بل الولاية نوعان ولاية المال والنكاح وهذا الحق فيه للاب بلا كلام وولاية الحضانة والرضاع وهذا حق تقدم فيه الام للآيات القرآنية والسنةوالوالدات يرضعن اولادهن وحمله وفصاله ثلاثون شهراً انت أحق بها لم تنكحي ، ولا ريب ان جعل كلا ولاية الى من هي له أتم في حكمة الله تعالى ورعايته لمصالح عبادة فان الام الطف أتم تربية لولدها وأقدر وأصبر وأفرغ والأب أقوم بتحصيل منفعة الولد والتحري له في ماله وبضعة فهو الاقدم فالادلة جاءت على وفق الحكمة والقياس ولا مخالفة كما قاله الشارح بل هو وفق القياس ثم الجمع بين الحديثين ان التخيير في حق الغلام وجعل الأم أحق في حق الطفل وذلك في غاية المناسبة لحكمة الله فان الأم انما جعلت أحق لحاجة الولد الى التربية والحمل والرضاع والمداراة التي لا يقوم بها غير النساء والا فان الام أحد الابوين فكيف تقدم على الأب فاذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويستغنى من الحمل والوضع وما يعانيه النسَاء تساو الابوان وزال السبب الموجب لتقديم الام ومع استوائهما لا موجب لتقديم احدهما وجمعهما حديث ابي هريرة فيقدم ما قدمه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من التخيير فان لم يختر أو اختارهما جميعاً عدنا الى القرعة حيث لم يبق مرجح سواها فهذا موافق للسنة ومناسب للعقل والعدل والحكمة .

(١) **قوله** : قياساً للجدة ، على الأم ، أقول : واستحقاقهن الاقرب درجة فالاقرب قال المصنف ولا احفظ في ذلك خلافاً قال في شمس الشريعة لا أحفظ خلافاً في ذلك قلت في الهدى النبوي ان للناس قولين في وجه تقديم الام على الأب في الحضانة منهم من قال وجه تقديمها الامومة ومنهم من قال بل لكون النساء أقوم بمقاصد الحضانة والتربية من الذكور فتقديمها لاجل الانوثة فمن قال بالاول قال انه يقدم بعدها من الاناث من يدلين بالاب قام الاب أحق من أم الأم ومن قال بالثاني قال تقدم من يدلي

ولده من غير الأم وامهاتها وقال الهادي عليه السلام الخالة[١] اولى منه وقال ابو حنيفة لا حضانة مع وجود النساء اللاتي يثبت لهن حق الحضانة بوجه لنا ولاية النظر في مصالح الولد عموماً الى أبيه وانما خصص العموم حديث حضانة الأم والأصل عدم تخصيص بغيره ، قالوا القياس على الأم قلنا قياس على مخالف الأصول ، قالوا كما قستم الجدات ، قلنا قياس مساواة وهو في معنى الأصل ، قالوا بل ظاهر الفرق والا لما اختلف ميراث الأم والجدة مع عدم الولد والاخوة وكان ولد البنت ذا رحم لجدته أم أمه عصبة لأمه فلا بد من القياس على الأم أو وقف الحكم عليها ، وعندي[٢] ان الحكم موقوف على التي خاطبها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كما في جذعة ابن نيار ورضاع سالم من سهلة وغيرهما لا انه فعل لا ظاهر له ولا عموم ولأن تلك قاعدة ما

= بالام فأم الأم أحق من أم الأب والاخت من الام أحق من الاخت من الاب ونحو ذلك قال واختار شيخ الاسلام ابن تيمية تقديم أقارب الاب قال وهو الاصح دليلاً فان أصول الشرع وقواعده شاهده بتقديم أقارب الأب في الميراث وولاية النكاح وولاية الموت ولم يعهد في الشرع تقديم قرابة الام على قرابة الاب في شيء من الاحكام فمن قدمها في الحضانة فقد خرج عن موجب الدليل واستوفا الكلام ووسع البحث وذكر الخلافات والمقصود التنبيه على وقوع الخلاف في المسألة والمصنف قال لا يحفظ خلافاً فيها وابن بهران قال ولا خلاف في ذلك .

(١) **قوله** : الخالة أولى منه ، أقول : دليلة انه صلى الله عليه وآله وسلم سمى الخالة اما وقضا بأبنت حمزة لخالتها وقال الخالة ام فهو نص في محل النزاع والقول بان الخالة تدلي بالام والاب يدلي بنفسه ولان الاب يجمع الولاية والولادة والخالة لا ولاية لها ولا ولادة كلام يصلح مرجحاً لورود الدليل بالنص على الاب في محل النزاع (١ . ح) لكن الدليل ورد بتسميتها اما وتعليق الحكم لها بذلك على الوصف والا للغت فايدة تسمية الخالة اما عند الحكم لها بالحضانة فلا يقال ذلك حيث لم يكن المنازع ابا لانا نقول قد أشار النص بتسميتها اما الى استحقاقها لذلك ولو كان المنازع لها اباً فالظاهر مع الهادي والعجيب ان المذهب له ويخالف في مسايل دليلها راجح على خلافه ولقد خولف في هذا المختصر في مسايل اظهر الادلة فيها معه .

(٢) **قوله** : وعندي . . . الخ ، أقول : هذا كلام معتل مبناه على خلاف النص للقياس وقد بينا انه لا يخالفه بل يوافقه واما قوله لا سيما وقد صار اثبات الحضانة للام وسيلة الى اضرار الاب فجوابه ان تعدي من له الحق لا يبطل حقه وان أثم بضرار غيره وتقديم دفع المفاسد على جلب المصالح فيما لا نص فيه والاصل في التشريع العموم والاختصاص لا يكون الا بدليل كجذعة ابن نيار حيث قال صلى الله عليه وآله وسلم ولا تجزى احداً بعدك وقوله فعل لا ظاهر له غير صحيح بل هو قول الا انه لا عموم فيه .

(١ . ح) لا يخفى ان الحديث ورد حيث لا أب اذا النزاع كان في ابنت حمزة وقد قتل .

خالف الأصول لاسيما وقد صار إثبات الحضانة للأم في هذه الاعصار وسيلة الى ضرار الأب وكشف ستره بالحكم عليه بما لا يقدر من الانفاق المنافي لقول الله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولد له بولده وقد تقرر في الأصول وجوب تقديم دفع المفسدة المنهي عنها على جلب المصلحة ﴿ **ثم الخالات** ﴾ وقال الشافعي بل أم الأب وقال الناصر والمؤيد وأكثر أصحاب الشافعي وعن أبي حنيفة بل الأخوات لنا حديث ان علياً وجعفراً وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة عمارة بنت حمزة بعد ان استشهد فقال علي بنت عمي وعندي بنت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقال زيد بنت أخي وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم آخا بين زيد وحمزة وقال جعفر بنت عمي وعندي خالتها يعني اسما بنت عميس فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم « الخالة » ام وسلمها الى جعفر اخرجه البخاري من حديث البر بغير هذا اللفظ ورواه أبو داود والحاكم والبيهقي من حديث علي عليه السلام بلفظ انما الخالة أم وفي الباب عن ابن مسعود مرفوعاً وابي هريرة وعند الطبراني بلفظ الخالة والدة وعند العقيلي عن الزهري قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال العم أب اذا لم يكن دونه اب والخالة والدة اذا لم يكن دونها ام ومثله اخرجه ابن المبارك في البر والصلة ، قالوا تسميتها اما مجاز ولا يلزم تساوي الحقيقة والمجاز في الأحكام، قلنا الخالة تدلي بمن هي اقدم من الأب وأم الأب والأخت انما يدليان به قالوا تقديم الأم على الأب مخالف للقياس فلا يقاس عليه ﴿ **ثم امهات الأب وان علون ثم امهات أب الأم** ﴾ وقال الامام يحيى لا حضانة لهن لنا يدلين بالأم كأمهاتها ، وأجيب بالفرق كما في الميراث والا لزم تقديم بنات الخالات لادلائهن بالأم على الأخوات ﴿ **ثم الأخوات ثم بنات الخالات** ﴾ لادلائهن بالأم ﴿ **ثم بنات الأخوات** ﴾ لأن الأخت أولى بالحضانة من الأخ فتكون بناتها أولى من بنات الأخ ولهذا قال ﴿ **ثم بنات الأخوة ثم العمات ثم بناتهن** ﴾ لأن العمة أولى بالحضانة من العم فكذا بناتها ولهذا قال ﴿ **ثم بنات العم ثم عمات الأب ثم بناتهن ثم بنات أعمام الأب** ﴾ قال المصنف وهن آخر الدرج في باب الحضانة من النساء وما أدري لم لم يذكر قرايب الأم كعماتها وبناتهن وبنات أعمامها مع ان قياسه ان يكون من أدلى بالأم أولى ممن أدلى بالأب ، واذا تصفحت بعد هذا الترتيب ومخالفته لقاعدة التوريث الذي فرضه الله تعالى لعلمه بالاختصاص علمت ما قدمنا لك من ان تقديم الأم على الأب لا يقاس عليه فتكون قضية عين موقوفة على السبب فتكون اناث العصبات على ترتيب العصبات أولى من غيرهن بالاناث الا من تحرم عليه المحضونة من ذكور العصبات وأولى من الاناث كما ان الأب أولى منهن ويكون ذكور العصبات على الترتيب اولى بالذكور المحضونين من النساء

مطلقاً هذا ما يقتضيه علم الأصول ، وقواعد القياس والمعقول ، وغيره صادر عن غفلة وذهول ﴿ ويقدم ذو السببين ﴾ فالخالة لأب وأم أولى من الخالة لأب أو لأم وكذا الأخت والعمةوغيرهما ﴿ثم﴾ اذااختلف السبب قدم ﴿ذوالأم﴾ فالأخت لأم أولى من الأخت لأب ونحو ذلك قياساً على تقديم الأمومة على الأبوة وان تساويا فبالمهاياة ﴿ وتنتقل ﴾ الحضانة ﴿ من كل ﴾ ممن تقدم ذكره ﴿الى من يليه﴾ في الترتيب بموانع(*)توجد في ذي الرتبة الأولى هي مظنة لفوات مصلحة المحضون معه وذلك ﴿ بالفسق ﴾[1] الحاصل في الحاضنة ومنه نشوزها[2] لأن المحضون امانة عندها ولا امانة لفاسق قالوا ولأن مخالطة الفاسق جريرة التخلق باخلاقه ولكن هذه علة قاصرة من وجه ومتعدية من آخر لاستلزام التعليل بها عدم سقوط حق الفاسقة من حضانة من لا يتخلق بخلقها كمن في المهد ووجوب سقوط حقها بمخالطتها هي للفساق لأن مخالطة المخالط مخالط ، والحق انه يسقط حقها باستلزام حضانتها لمفسدةٍ ما على الولد أو على أهله من غضاضة أو غيرها لحديث لا ضرر ولا ضرار تقدم ﴿و﴾ تسقط الحضانة

(*) اربعة .

(١) **قوله** : بالفسق ، أقول : في الهدى ان أشتراط العدالة في الحاضنة مذهب احمد والشافعي وغيرهما واشتراطها في غاية البعد ولو اشترط في الحاضنة العدالة لضاع اطفال العالم ولعظمة المشقة على الأمة واشتد العنت وما زال من حين قام الاسلام الى حين تقوم الساعة اطفال الفساق بينهم لا يتعرض لهم أحد في الدنيا مع كونهم هم الاكثرين ومتى وقع في الاسلام انتزاع الطفل من أبويه أو أحدهما بفسقه وفي هذا من الحرج والعسر واستمرار العمل المتصل في ساير الامصار والاعصار على خلافه بمنزلة أشتراط العدالة في ولاية النكاح فانه دايم الوقوع في الاعصار والامصار والقرى والبوادي مع ان أكثر الاوليا الذين يلون ذلك فساق ولم يزل الفسوق في الناس ولم يمنع النبي صلى الله عليه وآله وسلم ولا أحد من اصحابه فاسقاً من تربية ولده ولا من تزويجه لوليته ولو كان الفاسق مسلوب الحضانة وولاية النكاح لكان بيان هذا للامة من أهم الأمور واعتنا الامة بنقله وتوارث العمل به مقدماً على كثير مما نقلوه وتوارثوا العمل به فكيف يجوز عليهم تضييعه واتصال العمل بخلافه ولو كان الفسق ينافي الحضانة لكان من زنا أو شرب أو أتى كبيرة فرق بينه وبين اولاده الصغار والتمس لهم غيره **انتهى**. وفيه غنية وابانة للحق ودلالة على ان من شرط العدالة يقول انه لا يحل السكوت على تربية الفساق اولادهم بل يجب انكاره على الأمة واما المجنون فلا شك انه يفتقر الى من يحضنه ويكفله فكيف يستحق كفالة غيره .

(٢) **قوله** : ومنه نشوزها ، أقول : يدل عليه ما ورد من الوعيد بغضب الله ولعنة الملايكة لمن باتت مهاجرة فراش زوجها .

بوجود ﴿ **الجنون ونحوه** ﴾ من المنفرات كالجذام ونحوه[١] ﴿**و**﴾ لا حاجة الى ذكر ﴿ **النشوز** ﴾ لأنه فسق ﴿**و**﴾ أما إسقاط ﴿ **النكاح** ﴾ [٢] للحضانة فصريح[٣] الحديث المقدم ومن صحح القياس في الأسباب فلا محيص له عن قياس ما يشارك النكاح في الحاق الولد وأهله الغضاضة والمنة لغير أهله ولهذا[٤] قلنا ﴿**الا**﴾ أن تتزوج ﴿ **بذي رحم محرم** ﴾[٥] فقط ﴿**له**﴾ أي للمحضون لأنه لا غضاضة عليه ولا على أهله ولا منّة لذي الرحم المحرم على رحمه

---

(١) البرص .

(٢) **قال** : والنكاح ، أقول : لم يذكر الشارح خلاف الحسن وابن حزم فانهما قالا لا يسقط الحضانة النكاح مطلقاً زاعمين تضعيف حديث عمرو بن شعيب ومحتجين بحديث ابنة حمزة فانه صلى الله عليه وآله وسلم قضي بها لخالتها وهي مزوجة لجعفر واجيب عن تضعيف حديث عمرو بما قدمنا وعن قصة بنت حمزة بان الزوج كان ابن عمها فهو نسيب للمحضونة ولا تسقط الحضانة اذا كان الزوج نسيباً الا انه لا يخفى انه لا يتم الجواب لا هل المذهب لانهم اشترطوا كونه ذارحم محرم وانما يتم على من يقول يكفي كون الزوج نسيباً للمحضون.

فائدة : قد أشكلت قصة ابنة حمزة على الفقها لانه صلى الله عليه وآله وسلم ان كان قضى بها لجعفر فعلى وجعفر ابنا عمها على سوا فلم خصه وقد تنازعا وان كان قضا بها للخالة فالخالة مزوجة لا حق لها والجواب انه قضى بها للخالة بصريح النص وقوله الخالة ام ولان جعفراً ليس باولى في حضانتها الا بكون خالتها عنده ، وأما سقوط حقها بالزواجة فجوابه ما سلف انفا ولقد اطال ابن القيم في الاشكال والرد على ابن حزم في الهدى .

(٣) **قوله** : فصريح الحديث المقدم ، أقول : الا انه بقي هل المراد بالنكاح العقد أوالدخول اختلف في ذلك والحديث يحتمل الامرين والجمهور على سقوط حقها بنفس العقد وسقوطه اذا كان له غيرها اتفاقاً الا عن الحسن وابي حزم اما اذا لم يكن له من يستحق ان يحضنه غيرها فقال ابن القيم لا يسقط حقها وهي احق به من الاجنبي الذي يدفعه اليه القاضي وتربيته في حجر امه اصلح من تربيته في بيت اجنبي محض لا قرابة بينهما توجب شفقته ورحمه وحنوه ومن المحال ان تأتي الشريعة بدفع مفسدة بمفسدة اعظم منها بكثير والنبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يحكم حكماً عاماً كلياً ان كل أمرأة تزوجت سقطت حضانتها في جميع الاحوال حتى يكون اثبات الحضانة للام في هذه الحالة مخالفاً للنص ثم يأتي هذا للمصنف في قوله وليس للزوج المنع من الحضانة حيث لا اولى منها .

(٤) **قوله** : ولهذا قلنا الا ان تتزوج بذي رحم ، أقول : **ظاهره ان دليل الاستثنآء القياس** وهو يقضي بانه لا يشترط كونه محرماً بل يكفي كونه ذارحم فقط لزوال الغضاضة والمنه مع المحرم مطلقاً .

(٥) كعمه .

لأن صلة الرحم من المشروعات المؤكدة ولهذا قد يجب انفاقه في حال ، قال ﴿ **المؤيد بالله و** ﴾ اذا زالت الموانع المذكورة فان الحضانة ﴿ **تعود بزوالها** ﴾ على ما هو القياس من تأثير المقتضى عند انتفاء المانع ووافقته الهدوية في غير زوال النكاح فقالوا ومالك لا تعود بزوال النكاح لأنها[1] حق كالشفعة لا تعود بعد سقوطها ، قلت الا انه يلزم مثله في غير النكاح ولم يلتزموه ﴿**و**﴾ لا بد في عودها بزوال النكاح بالطلاق من ﴿ **مضي عدة الرجعي** ﴾[2] خلافاً للشافعي رحمه الله لنا بقا[3] الرجعية في تصرف الزوج كما كانت قبل الطلاق ﴿ **فان** ﴾ كان الحواض من النساء قد ﴿ **عد من** ﴾ أو حصلت فيهن الموانع المذكورة ﴿ **فالأقرب الأقرب من العصبة المحارم**﴾[*1] الذكور على قياس التوريث في العصبات ﴿**ثم**﴾ اذا عدمت العصبات فالأقرب الأقرب ﴿ **من ذوي الرحم المحارم** ﴾[*2] وفي ذلك بحث لأنه قد تقدم ان من يدلي بالأم أولى ممن يدلي بالأب فيلزم تقديم الأخ لأم على الأخ لأب وهو يناقض القول بتقديم العصبات كما هو الحق ﴿ **ثم** ﴾ اذا عدم من تقدم فالأولى ﴿ **بالذكر عصبة غير محرم**﴾ (ـ كابن العم ـ) وأما الأنثى فلا حضانةلهم عليها الا بأمر الحاكم الا ان المانع ان كان عدم الولايةلهم فالذكروالأنثى على سواءوان كان عدم التحريم عليهم فهم وغيرهم سواءفي ذلك ولهم زيادةالاختصاص بالرحم فالحق استحقاقهم لحضانةالذكر والأنثى ﴿**ثم**﴾ اذااعدموا

---

(١) **قوله** : لانها كالشفعة . . . الخ ، أقول : وجه الاختلاف انه اختلف في قوله صلى الله عليه وآله وسلم ما لم تنكحى فقيل انه تعليل فاذا طلقت عادت الحضانة بالطلاق لان الحكم اذا ثبت لعلة زال بزوالها وعلة سقوط الحضانة التزويج وهو قول الاكثرين وقيل انه توقيت اي حقك من الحضانة موقت الى حين نكاحك فاذا نكحت انقضى وقت الحضانة فلا يعود بعد انقضائه كما لو انقضى حقها ببلوغ الطفل فهذا مأخذ الاختلاف فقول الشارح يلزم مثله في غيره لا يرد لان النص لم يتعرض لغيره نعم ان الحق بالقياس صح بعد استجماع شرايطه .

(٢) واما الطلاق الباين فمن بعد الطلاق .

(٣) **قوله** : لنا بقا الرجعية . . . الخ ، أقول : تقدم ان الرجعية قد صارت اجنبية وبقي لها احكام الزوجية في بعض الاحكام فلا هي اجنبية محضة ولا زوجة ووجه الاختلاف هنا النظر الى كل من الجهتين على انفرادها .

(١ *) فالجد أب الاب اولى من الاخ لاب وام وهو اولى من الاخ لاب والعم لهما اولى منه لاب .

(٢ *) فالاخ لام اولى من الجد اب الام ومن الخال والخال لابوين اولى من احدهما .

انتقلت حضانة الذكر الى من وجد ﴿ **من ذوي رحم** ﴾ غير محرم[١] ﴿ **كذلك** ﴾ أي في الذكر دون الأنثى وعليه ما سمعت .

﴿ فصل ﴾

﴿ **وللأم الامتناع** ﴾ من الحضانة لأنها [٢] حق لها بالاولوية فلها اسقاط حقها كالشفعة ﴿ **ان قبل غيرها** ﴾ اي غير لبنها بحيث لا يلحقه معه تلف ولا ضرر ولو لبن ما يوكل من الانعام فان خشي تلفه او تضرره من عدم لبن امه صارت الحضانة حقاً له واجباً عليها كفرض الكفاية اذا لم يقدر عليه الا واحد فانه يتعين عليه ﴿ **و** ﴾ الحاضنة وان كانت الحضانة حقاً لها فان ﴿ **لها طلب الاجرة لغير ايام اللبا** ﴾ وهي ثلاثة ايام عقيب الوضع قيل [٣] لأن الولد لا يعيش بدون اللبا فيكون عليها فرض عين لا تحل الاجرة عليه وقيل لافرق لأن قوله تعالى «فان أرضعن لكم فآتوهن اجورهن» مطلق لم يفصل ، واجيب بانه يصح التقييد بالقياس وانما تستحق الاجرة ﴿ **ما لم تبرع** ﴾ بارضاع الطفل والتبرع انما

---

(١) كابن الخال وابن الخالة وابن العمة الاقرب فالاقرب .

فصل وللام الامتناع

(٢) **قوله** : لانها حق لها ، اقول : كما دل له النص اعني قوله صلى الله عليه واله وسلم انت احق به فاثبت الحق لها وفي الهدي انه اختلف الفقهاء هل الحضانة حق للحاضن او عليه على قولين في مذهب احمد ومالك وينبني عليهما هل لمن له الحضانة ان يسقطها فيبرأ عنها على قولين وانه لا يجب عليه اي الحاضن خدمة الولد الا بأجرة اقامة حضانتهِ ان قلنا الحق له وان قلنا الحق عليه وجبت خدمته مجاناً وان كان الحاضن فقيراً فله الأجرة على القولين واذا وهبت الحضانة للاب وقلنا الحق لها لموجب الهبة لم يرجع فيها وان قلنا عليها فلها العود الى طلبها ثم قال والصحيح ان الحضانة حق لها وعليها ان احتاج الطفل اليها ولم يوجد غيرها .

(٣) **قوله** : قيل لأن الولد لا يعيش بدون اللبا ، اقول : في المنار لا اصل لهذا المعنى ولعل اصله كلمة صدرت من بعض النسوات فوقعت في صدر سليم وقلد الآخر الاول وكنت في ابتداء الطلب ، اقول : هذا يدفع المعلوم وقوعه لكم امرأة تموت قبل ارضاع ولدها ويعيش فلما جاورنا بمكة المشرفة اذا نساوها لا يكاد يوجد فيهن اللبن عقيب الولادة وانما يعدون مرضعة لأيام فيرضع من اي لبن حتى ينشأ لأمه لبن بعد ثلاث فأكثر واشراف مكة اول ما يولد لهم يكون البدوية او المملوكة حاضرة تخرجه البادية وكذلك كثير من المترفات يتحامين ان يرضعن اولادهن تبرماً وترفعاً من مقاربة الأوساخ انتهى . وهو الحق .

يتحقق بعدم حاجة الطفل الى خصوص رضاعها او مع حاجته لكن لم تنو الرجوع بالاجرة وقال ابو حنيفة وبعض اهل المذهب لا تستحق اجرة ما دامت زوجة لأب الطفل لنا اطلاق فان ارضعن لكم ، قالوا الضمير [١] للمطلقات ولو سلم فالمطلق تقيد بالعادة في ذلك ولا تعتاد الزوجة اجرة ﴿ **وللأب نقله** ﴾ [٢] من حضانة الام ﴿ **الى** ﴾ حاضنة غيرها بشرط ان تكون ﴿ **مثلها تربية** ﴾ للطفل وان لم تكن مثلها في الحنو عليه وان تحضنه ﴿ **بدون** [٣] **ما طلبت** ﴾ الام من الاجرة ومن قوت الصبي ايضاً بحيث لو تبرعت غير الام بحضانته ونفقته لم تستحق الام حضانته الا اذا تحملت بنفقته اذ استحقاق الاب لنقله انما كان لتمام الواجب عليه بما هو ايسر له ولا يجب عليه حفظ مصلحة الام باضاعة مصلحة نفسه لأن حفظ مصالح النفس لا يجب فضلا عن مصالح الغير فاذا كان لها مصلحة وغرض في حضانته حفظتها بمالها لا بمال غيرها ، وعلى ذلك احمل [*١] انما حكم النبي صلى الله عليه واله وسلم باستحقاقها للطفل لانه لم ينقل انه صلى الله عليه واله وسلم اوجب [٤] لها الطفل ونفقته والاجرة والالم يكن للاب

---

(١) **قوله** : الضمير للمطلقات ، اقول : لا شك ان السياق فيهن الا ان قوله تعالى « والوالدات يرضعن اولادهن » الى قوله « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن » بالمعروف عام للمطلقة وغيرها الا ان يقال يقيد بأية المطلقات وانها لا تستحق الاجرة الا المطلقة ويؤ يده ان التي تحت الزوج كفايتها واجبة عليه وخدمة الولد من لوازم النكاح فالقول بانه لا اجرة لها قريب وما هو الا كخدمتها لمنزلِهِ يجب عليها كما اسلفناه وان كنا اخترنا خلافه كما بيناه هنالك .

(٢) كذلك سائر الاولياء .

(٣) **قوله** : بدون ما طلبت ، اقول : في المنار ينبغي ان يقيد ذلك حيث تطلب فوق اجرة مثلها وذلك لأن لها حقاً في حضانة ولدها من دون نظر الى الاجرة فلا اثر لنقص الاجنبية عن اجرة المثل بل ولا ان تبرع بالحضانة ويجري هذا في كل من له حق الحضانة وهذا احد قولي الشافعي قال في الغيث قال الشافعي في احد قوليه الام احق بالاجرة من غيرها بغير اجرة .

(٤) **قوله** : اوجب لها الطفل ونفقته . . . الخ ، اقول : قد اوجب الله تعالى على لسان نبيئه صلى الله عليه واله وسلم لهن الاجرة فان ارضعن لكم فأتوهن اجورهن وحكم صلى الله عليه واله وسلم بأنها احق بارضاعه ومن لازمه انه حكم لها بالاجرة فهو في قوة انت احق به مو جرة او بالاجرة ، واما كون للأب نقله فانما هو مقيد بطلبها اكثر من اجرة مثلها كما اسلفناه لأنها لا تستحق الاكثر ، واما تقييده للآية باختيار الازواج فقيد قد اهدره قوله صلى الله عليه واله وسلم انت احق به فانها ما جاءت الا منازعة

(*١) لا فائدة تظهر في هذا الحمل بعد ان حكم ان الحديث قضية عين لا تتعدى السبب الشخصي كما تقدم قريباً .

نقله مطلقاً واما قوله تعالى « فان ارضعن لكم » فالمراد ارضعن باختياركم وطلبكم لارضاعهن بدليل اللام في لكم اي لاجلكم ولنفعكم والمنازعة لم ترضع لاجل الزوج ولنفعه بل لأجل نفسها ومحبتها لولدها ﴿ والا ﴾ ينقله الى مثلها تربية او نقله الى مثلها تربية لكن بمثل ما طلبت ﴿ فلا ﴾ يستحق نقله عنها لأن نقله حينئذ مجرد تفويت لحقها بلا مصلحة له ولا مفسدة عليه وذلك محض مضارة لها بولدها وهي لا تجوز وبعد هذا يظهر ان ليس لها استيفآء حقها بما يلزمه حقاً ساقطاً عنه ومن ذلك تحصيل زيادة الرفق بالولد الذي لا يحدث من فوته عليه ضرر لأنه لا يجب على ابيه الا تحصيل ما يندفع به الضرر عنه لما تقرر غير مرة من [١] ان طلب المصالح لا يجب للنفس فضلا عن الغير وانما يجب دفع المفاسد وهذا التحقيق هو النهاية وفيه كفاية لمن له علم وهداية ﴿ و ﴾ اذا تنازع الاب والام في مساواة غير [٢] الام لها تربية واجرة فان ﴿ البينة

= وزوجها غير راضٍ بارضاعها فهو دليل في محل النزاع **مبطل** للقيد واللام في لكم ان سلمنا انها للعلة والنفع كما قاله فلا يلزم منه ان لا يكون ايضاً للنفع بتربية ولدها والانتفاع بأجرة حضانته مثل خطت له ثوباً فانها لنفع الخايط بالاجرة والمخيط له يلفق ثوبه .

(١) **قوله** : من ان طلب المصالح لا تجب للنفس ، اقول : اما المنصوص عليها وعلى ايجابها فغير مسلم والا لزم ترك اكثر الواجبات فان منها ما وجب لتحصيل منافع وجبت على الانسان فما قام الدليل على حكمه فلا معذرة عنه ومنه اثبات حق الام في الرضاعة واثبات اجزئها فالكل ثبت بالنص ولا يسقط حقها الا **معاسرتها** للنص فان تعاسر تم فسترضع له اخرى والقول بان له نقله عنها مطلقاً لا دليل عليه بل الآية فضت بانه لا يسقط حقها الا اذا عاسرت الزوج كما يدل له لفظ المفاعلة وذلك لا يتحقق الا بطلب زيادة على اجرة مثلها كما قررناه ولو اخذنا قاعدة عدم وجوب جلب المصالح كلية وعارضنا بها ما ثبت دليله لالغينا الاحكام والتحقيق ان الله تعالى حثَّ على دفع المفاسد الدينية والدنيوية وعلى جلب المصالح كذلك « يأيها الذين آمنوا قوا انفسكم واهليكم ناراً ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة » سارعوا الى مغفرة من ربكم وجنة ولا تنس نصيبك من الدنيا وبعد هذا تعرف ان اسقاطه حق الام بالكلية الا اذا ارضعت بغير اجرة هو النهاية ، في التحقيق لمراحل على التحقيق ونهايته .

(٢) **قوله** : في مساواة غير الأم تربية . . . الخ ، اقول : قد سلف انه لا يستحق نقله عن الأم الا بشرط ان تكون الاجرة اقل من اجرة الام مع مساواة من ينقلها اليها للام تربية فالأولى هنا ان يقال في مساواة (ا . ح) غير الأم لها تربية وفي كونها انقص منها اجرة لانه محل النزاع وعبارة الغيث مثل عبارة الشارح واظنه سبق قلم .

(ا . ح) العبارة في الشرح هكذا فينظر .

عليه ﴾ اما في التربية فممكن ، واما في الاجرة فلا يمكن لأنها [١] شهادة على النفي لان حاصلها انه لم يزد لها على كذا **﴿ وليس للزوج المنع من الحضانة ﴾** لمن لها حضانته من اولاد غيره الا ان هذا وهم لأن نكاحها لغير اب المحضونة مبطل لحقها من حضانته فاذا منعها لم يمنعها من واجب لها ولا عليها واما قوله **﴿ حيث لا اولى منها ﴾** . فوهم [٢] ايضاً مبنى على ان الحضانة حق واجب على الحاضنة ولا يجوز المنع لها عن واجب وليس كذلك وانما الحضانة حق لها مشروط بان لا تنكح غير اب المحضون **﴿ وعلى الحاضنة ﴾** للصبي **﴿ القيام بما يصلحه ﴾** من غسل وتطييب ودهن وحفظ لكن هذا انما يجب على المستأجرة لذلك لا على من [٣] كانت الحضانة حقاً لما عرفت من انه لا حق عليها حتى يجب عليها التخلص منه كما يشعر به قوله على الحاضنة **﴿ لا ﴾** انه يجب عليها **﴿ الاعيان ﴾** التي يحتاج اليها الطفل كالدهن والطيب والنفقة اما اذا كانت مستأجرة او متبرعة بالعمل فظاهر واما اذا كانت منازعة في الحضانة لمن التزم بالاعيان وجبت عليها الاعيان او الترك لما قدمناه لك من ان للأب طلب

---

(١) **قوله** : لانها شهادة على النفي ، اقول : الشهادة على ان اجرة المنقول اليها كذا وكذا ومنها تعلم انها انقص من الاجرة التي طلبت الام .

(٢) **قوله** : فوهم ايضاً ، اقول : قدمنا عن ابن القيم ما يقوي ظن كلام المصنف هنا واما ما استدل به المصنف للمسألة في البحر والغيث وابن بهران في شرح الاثمار بانه صلى الله عليه واله وسلم لما تزوج ام سلمة رضي الله عنها اقام من يكفل ولدها باذنها فقد قال في المنار ان الذي في كتب السير وغيرها ان النبي صلى الله عليه واله وسلم لما ارسل الى ام سلمة من يخطبها له قالت ابلغ رسول الله صلى الله عليه واله وسلم اني امرأة مصبية واني قد كبرت واني غيرى واني لا اجد من أوليائي حاضراً فقال اما الصبية فهم الى الله ورسوله واما الكبر فقد مسني ما مسها ، واما الغيرة فسأدعوا لله ان يذهبها وما احد من اوليائها غايب ولا حاضر الا يرضا وانما اخذها بعض الحاضرين وقت دخول رسول الله صلى الله عليه واله وسلم عليها فينظر ما كان بعد انتهى يريد اخذ ابنتها الطفلة قلت ولم نجد نقلا في حضانة بنت ام سلمة من تولاها الا ان قوله صلى الله عليه واله وسلم لأم حبيبه وقد عرضت عليه صلى الله عليه واله وسلم اختها ان يتزوجها وقولها له صلى الله عليه واله وسلم انا نتحدث انك تريد التزوج بنت ام سلمة فقال لو لم تكن ربيبتي في حجري « الحديث يدل على انها كانت عند امها وانها حضنتها في بيته صلى الله عليه واله وسلم واستمر بقاؤ ها عنده وفي حجره » .

(٣) **قوله** : لا على من كانت الحضانة حقاً لها ، اقول : استحقاق كون الطفل في حجرها هو الذي لها ويجب عليها القيام بما يصلحه ضرورة ولا يلزم من كون ذلك حقاً لها ان لا يجب عليها له حق .

مصلحة نفسه ولهذا جاز له نقله الى غيرها بدون ما طلبت ثم عقد اجارة الحضانة انما يتناول خدمة الطفل في القيام بما يصلحه ﴿ **والرضاع يدخل تبعاً** ﴾ للخدمة ﴿ **لا العكس** ﴾ وهو عقد الاجارة على الرضاع ودخول الخدمة تبعاً وذلك لأنه يؤدي الى بيع اللبن في الثدي وسيأتي عدم صحة ذلك في البيع ان شاء الله تعالى الا ان هذا من تعنت القاصرين لأن عموم النهي عن بيع المجهول والمعدوم مخصوص بدليل صحة الرضاع كما خص جواز الاجارة على الخدمة مع جهالة قدر العمل فيها ﴿ **وتضمن** ﴾ الحاضنة نفسها ﴿ **من مات لتفريطها** ﴾ [*1] حال كونها ﴿ **عالمة** ﴾ انه يموت بذلك التفريط فتقتل به ان كانت غير والدته وباشرت التفريط وإلا فالدية في خاصة مالها او ذمتها واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عن مثل ما لو وضعت بين يديه شراباً يقتله فتناوله فمات فان ذلك من قبيل قوله ﴿ **ولا لا** ﴾ تفرط اصلا او تفرط غير عالمة انه يموت ﴿ **فعلى العاقلة** ﴾ التي تعقل عنها الا ان مباشرة الطفل للشراب القاتل كلا مباشرة فتكون عليها لا على العاقلة ﴿ **ولها نقله الى مقرها** ﴾ اما [1] من كانت الحضانة حقاً لها فظاهر واما المستأجرة فلا يثبت لها ذلك الا حيث لا يشترط عليها مكان مخصوص واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ من ان يكون مقرها دار حرب او يخاف على الولد فيه او يكون عليه او على اهله غضاضة من المكان وبالجملة مهما استلزم النقل مفسدة مقطوعة او مظنونة لم يثبت لها وقال الشافعي لا حق لها في حضانة الذكر مع اختلاف دارها ودار ابيه سوى خاف المفسدة ام لا وقال مالك ليس لها نقله من بلد اهله الى فوق البريد مطلقاً وكل هذا رجوع منهم الى تقييد اطلاق حكم الحديث باستحقاق الام بان لا يكون على الاب ولا الولد فوت مصلحة ولا ظن مفسدة وذلك نفس بقآء ولاية النظر للاب كما قدمنا الاشارة اليه ﴿ **و** ﴾ اذا اختلفت هي وولي المحضون فيما هو لابس له من ثياب[2] ونحوها كان ﴿ **القول لها فيما**

(١) **قوله** : اما من كانت الحضانة حقاً لها فظاهر ، اقول : اما دليل المصنف فقاض بان هذا الحكم يختص بالام فانه قال الحجة ان كونها في بلدها مستحق في الاصل وانما تعين عليها الخروج من هنالك لمكان الزوج فاذا كان لها حق الحضانة جعل لها هذا الحق في بلد هو مستقر لها ولا ضرر على الصبي في ذلك لأنه يكون فيما بين عشيرته وقرابته من قبل الام انتهى . واشار الى هذه الحجة في البحر وناقشه المنا ربما لا يرد عليه .

(٣) في قدره وادعا انها بدلته

(١*) مثل ان تبعث الام بولدها قبل ان يرضع شيا من اللبا فمات بذلك وهي عالمة كانت ديته في مالها .

عليه ﴾ وفيه نظر [١] لان كون القول قولها مبني على ثبوت يدها ويدها لا تثبت على الحر صغيراً كان او كبيراً لا سيما وكون الاعيان على الولي اصل ظاهر يجب البقاء عليه .

فصل

﴿ ومتى استغنى ﴾ الصبي **﴿ بنفسه فالأب اولى بالذكر والام بالانثى ﴾** وقال المنصور [٢] وهو تخريج ابي العباس للهادي الاب اولى بهما ، قلنا يحتاج كل منهما الى التخلق

---

(١) **قوله** : وفيه نظر ، اقول : هو بحث قويم وارد على القواء

فصل ومتى استغنى نفسه .

(٢) **قوله** : وقال المنصور . . . الخ ، اقول : فرط الشارح في المسألة نقلا واستدلالا وفي المسألة خمسة اقوال على ما في الغيث الاول ما في الازار والثاني ما نقله الشارح والثالث عكس الثاني وهو لمالك الرابع الجارية مع امها والصبي مع ابيه بالنهار ومع امه بالليل الخامس للشافعي انه يخير بين ابيه وامه ذكراً كان وانثى فان لم يختر او اختارهما قرع بينهما ولم يذكر القول السادس وهو لأحمد بن حنبل انه ان كان الولد ذكر اخير ان بلغ سبعاً وان كان انثى فلا يخير الى التسع ومن بعدها الأب احق بها بلا تخيير وفي المسألة روايات واختلافات احاط بها الهدى النبوي نعم والمصنف استدل لما قاله بانه انما كان الاب اولى بالذكر ليتأدب بآداب الرجال ومثله يقول بأولوية الام بالأنثى كما اشار الشارح الى ذلك ورد على الشافعي بانه لا ولاية للصبي على نفسه فيرجع الى اختياره في كونه مع احد ابويه كما لو كان محتاجاً الى الحضانة فبطل قول الشافعي يعني التخيير والحنفية ابطلت التخيير من اصله والمصنف عمل به فيما بين الام ونحوها اذا تزوجن والعصبة واستدل للمنع بما سمعت وللعمل به فيما بين من ذكر والعصبة بحديث عمر بن ربيعة المخزومي قال قتل ابي وقد غزا في اليمن فجاء عمي يخاصم الى علي عليه السلام ومعه اخ صغير فخيرني عليّ عليه السلام ثلاثاً بين امي وعمي فاخترت امي فابا عمي ان يرضى فوكزه علي عليه السلام بيده وضربه بدُرته وقال وهذا لو بلغ خيرته فدل على ان من استغنى عن نفسه خير بين امه وعصبته هذا لفظه في الغيث والذي في كتب الحديث ان هذه القصة لعمارة الجرمي كما تقدم للشارح واعلم ان كلام المصنف في الامرين مختل من وجوه قد ابانها في المنار حاصله الاعتراض على هذه الجملة من وجوه الاول ان المصنف سكت عن النظر في الاحاديث المرفوعة الى النبي صلى الله عليه واله وسلم في التخيير قلت بل تاول تخييره صلى الله عليه واله وسلم للغلام بين الاب والام بانه يحتمل ان التخيير لعدم الامانة في الاب ولا يخفي انه لو كان كذلك لحكم به للأم ابتداء من دون تخيير لأن من لا امانة له لا حق له واعتذر عما روى عن علي عليه السلام من ان كلام علي عليه السلام اجتهاد منه ليس بحجة عنده

باخلاق مثله فوقوفه عنده اصلح له قالوا كونهما مع الاب لا ينافي ذلك لوجود من تتخلق الانثى باخلاقه عنده على ان اثبات حق للأم مخالف للقياس كما تقدم ﴿و﴾ الأم اولى ﴿بهما﴾ من غير الاب من الاوليا ﴿حيث لا اب﴾ اذ لا ولاية لغيره الا على نكاح الانثى لكن اذا لحقت الولى عضاضة من جهة الانثى كان يخاف اهلها عليها ما يلحقهم به غضاضة كان النظر اليهم فيها ﴿فان تزوجت الام﴾ أو حدث بها احد الموانع المقدمة ﴿فمن يليها﴾ له الحضانة لكن هذا تكرير لقوله وتنتقل من كل الى من يليه ﴿فان تزوجن خير بين الام والعصبة﴾

= والمصنف مصرح في عدة مواضع انه حجة الثاني انه احتج بالرأي المحض من انه لا ولاية له على نفسه فكيف يخير الثالث ان هذه الحجة واردة عليه في التخيير بين الأم المزوجة والعصبة الرابع انه فرق بين المحلين من دون فارق ولذا لم تفرق الحنفية بل نفت التخيير رأساً لأنهم اصلا في الرأي الخامس انه شرط في التخيير بين الام والعصبة ان تكون الام مزوجة واحتج بحديث عمر بن ربيعة وليس فيه دلالة على انها مزوجة والادلة ما ثبت عنه صلى الله عليه واله وسلم من ذلك في مواضع اخرج احمد والنسائي عن عبد الحميد بن جعفر الانصاري عن جده ان جده اسلم وابت امرأته ان تسلم فجاء بابن له صغير لم يبلغ قال فأجلس النبي صلى الله عليه واله وسلم الاب ههنا والام ههنا ثم خيره وقال اللهم اهده وفي رواية عن عبد الحميد بن جعفر قال اخبرني ابي عن جدى رافع بن سنان انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وآله وسلم وقالت ابنتي وهي فطيم شبهه وقال رافع ابنتي فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم اقعد ناحية واقعدي ناحية واقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الى امها فقال النبي صلى الله عليه واله وسلم اللهم اهدها فمالت الى ابيها فأخذها رواه احمد وابو داود واخرج اهل السنن ان امرأة جاءت فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بير ابي عتبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم « استهما عليه» فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال النبي صلى الله عليه واله وسلم «هذا أبوك وهذه امك فخذ بيدايهما شئت » فأخذ بيد امه فانطلقت به وقال الترمذي حديث حسن صحيح وقضى بالتخيير علي بن ابي طالب عليه السلام وعمر بن الخطاب رضي الله عنه وابو هريرة رضي الله عنهم قلت الا انه لا يخفى ان قوله وهي فطيم او شبهه يدل انها في السنتين ونحوها والمخيرون قايلون ان لا تخيير الا لمن بلغ السبع وهو قول الشافعي واحمد واسحاق ويحكي عن اسحاق انه يخير اذا بلغ الخمس ولم يقل احد منهم يخير الفطيم ويشكل ايضاً على من يقول لاحضانه للكافرة وقد يقال انه لاحضانه للكافرة هنا ولم يخيره صلى الله عليه واله وسلم مع انه فطيم لأجل ترتب الحكم على تخييره بل لجبر خاطر الام وان كانت كافرة لما يعرفه من شفقتها ان انتزع عنها ابتداء فانها اذا رأته اختار غيرها طابت بفراقه نفسها يدل لكونه لا حق لها دعاوة صلى الله عليه واله وسلم بان يهديه الله تعالى لأبيه فانه لو كان اختاره اثبت لها حقاً لما منعها صلى الله عليه واله وسلم بدعائه فانه لا يدعو بما يبطل حقاً .

وقال ابو حنيفة وقواه بعض المذاكرين لا معنى للتخيير لانه قد يختار المفسدة ، قلنا [1] خيره النبي صلى الله عليه واله وسلم كما تقدم ، قالوا مخالف للقياس فيقر على السبب ﴿ **وينقل الى من اختار ثانياً** ﴾ قال الامام يحيى الا ان يكثر تنقله بحيث يدل على قلة رشده بقي عند امه ، قلت القياس ان يرجع في النظر في نفس الصبي الى من له النظر في ماله فيضعه حيث رأى مصلحته .

---

(١) **قوله** : قلنا خيره النبي صلى الله عليه واله وسلم ، اقول : هذا غلط فانهم لم يستدلوا بتخييره صلى الله عليه واله وسلم بل تأولوه كما عرفت ولأنه تخيير بين الاب والام وقد ابوه وانما دليلهم على هذا ما روي عن علي عليه السلام كما قد مناه مع ان قضاه عليه السلام مشكل لانه يعارض قضاه صلى الله عليه واله وسلم بابنة حمزه فانه تنازع فيها العصبة وحكم بها صلى الله عليه واله وسلم للخالة من غير تخيير مع كونها في سن التمييز كما عرف من القصة ومع كون المحكوم لها بها خالة مزوجة فبالأولى لو كانت اماً وابن القيم حاول دفع الاشكال ولم يأت بما يفيده الا انه يختار لنفسه ان الام اولى بالبنت من غير تخيير فكأنه يقول والخالة كذلك فيكون هذا وجه ترك التخيير ويكون هذا دليلا للتفرقة بين الجارية والغلام ان صح انه صلى الله عليه واله وسلم لم يخير الا غلاماً ذكراً واما تخيير البنية الغطيم فالوجه ما قلناه فلا يرد بها النقض فالاشكال على اهل المذهب وعلى الشافعية فينظر ولا يقال كذلك تخييره صلى الله عليه واله وسلم يعارضه قوله انت حق به ما لم تنكحي حيث لم يقل او يختر عند تمييزه غيرك لانه يقال قيد ذلك الاطلاق حديث التخير .



باب النفقات[١]

---

(١) **باب النفقات** لم يتعرض الشارح رحمه الله لشرح قول المصنف كيف كان وفسره المصنف بانه ولو كان صغيراً أو مجنوناً او غائباً وفسر قوله كيف كانت بقوله ولو كانت صغيرة او حايضاً او مريضة أو شيخة أو رتقا أو مجنونة ورضيها الزوج ثم ذكر في المسألة خلافاً من جهات واستدل لعموم دعواه في الازهار بانه ينبني على أصل وهو ان النفقة في مقابلة العقد قال وهو قول الهادي لعموم الادلة وهو المذهب ونسب الى المخالفين في هذا وهم القايلون لا نفقة على الزوج الصغير ولا يجب للصغيرة التي لا تصلح للجماع انهم بنوا ذلك على ان النفقة في مقابلة الاستمتاع لانها تثبت ثبوت التمكين وتنتفي بانتفائه انتهى .
قلت في قوله تعالى فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن في ذوات الحمل وايجابه للمطلقة مما يرشد الى ان العلة العقد وقوله وعاشروهن بالمعروف للزوجات مطلقاً دال على ذلك وسقوط النفقة بالنشوز يأتي الكلام عليه .

﴿ فصـل ﴾

يجب ﴿ **على الزوج كيف كان** ﴾ النفقة ﴿ **لزوجته كيف كانت** ﴾ لقوله تعالى « وارزقوهم فيها واكسوهم » ولحديث ان هند بنت عتبة قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه سراً وهو لا يعلم فهل علي في ذلك شيء فقال « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه من حديث عائشة وهو عند الطبراني عن هند نفسها ولحديث انه صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن حق الزوجة على الزوج فقال ان تطعمها اذا طعمت وتكسوها اذا اكتسيت ابو داود والنسائي وابن ماجة والحاكم من حديث معوية بن حيدة وزاد في آخره وعلقها البخاري ايضاً ولا تقبح ولا تهجر الا في البيت وصححه الدارقطني في العلل ﴿**و**﴾ مثلها ﴿ **المعتدة** ﴾ لقوله تعالى « فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » وتقدمت ادلة وجوب نفقة المعتدة ﴿ **عن موت أو طلاق** ﴾ فلا حاجة الى اعادتها واما قوله ﴿ **أو فسخ** ﴾[١] فقد قدمنا لك عند قوله في العدة ، واما عن فسخ من حينه فكالطلاق البائن ما يقضي بأن لا عدة للفسخ وتقدم الكلام على حديث فاطمة بنت قيس ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فلا نكرر ذلك ، واما إثبات النفقة (على ما قالوه) للمفسوخة فالمراد بها المفسوخة من حينه ولو قال كذلك لاستراح من قوله ﴿ **الا** ﴾ ان يكون الفسخ ﴿ **بحكم** ﴾[*١] بناء على ان الحكم يرفع العقد من اصله واستراح ايضاً عن قوله ﴿ **غالباً** ﴾ لأنه احتراز عما لو كان الفسخ من حينه وانما احتيج الى الحكم لدفع الخلاف كفسخ صغيرة زوجها غير ابيها عند بلوغها والفسخ بالعيب الحادث بعد النكاح فان الحكم لا يكون رفعاً للعقد من اصله فيلزم فيها العدة كما تقدم والنفقة ﴿ **او** ﴾ كان الفسخ ﴿ **لأمر يقتضي النشوز** ﴾ من ﴿ **ذنب** ﴾ كما لو ارتدت أو بقيت على الكفر والزوج مسلم أو أرضعت ضرتها لا لخوف تلفها ﴿ **أو عيب** ﴾ فيها من عيوبها المتقدمة بناء على انه يتضمن النشوز وفيه نظر[٢] لأن العيب الذي لا اختيار لها فيه لا يقتضي نشوزها لأن النشوز يرادف العصيان ولا معصية الا بعمدٍ ، فاذا كانت زوجة أو معتدة فإن الواجب لها

---

(١) بعينه او غيره .

(٢) **قوله** : وفيه نظر ، أقول : لا شك فيما قاله وهو في غاية الوضوح والقول يتضمنه النشوز بعيد جداً .

(*) نحو ان يحكم بفسخ العقد الفاسد وفسخ اللعان وفسخ العيب مع التشاجر .

﴿ **كفايتها كسوة** ﴾ تدفع ضرر الحر والبرد فيدخل[١] في ذلك الفراش واللحاف للنوم ﴿ **ونفقة واداما** ﴾ وآلتهما التي لا يتمان الا بها بلا خلاف ﴿**و**﴾ اما كفايتها ﴿ **دوا** ﴾ فقال الامام يحيى لا تجب اجرة الحجام والطبيب وثمن الأدوية لعدم النص قلنا القياس على النفقة بجامع كونهما حاجيين وربما كانا ضروريين ايضاً والقياس دليل ﴿**و**﴾ اما كفايتها ﴿ **عشرة دهناً ومشطاً وسدراً وماء** ﴾ فإنما هي استحسانيات ومندوبة لها فاذا لم[٢] تجب عليها لم تجب عليه ﴿**و**﴾ يجب ﴿ **لغير البائنة ونحوها** ﴾ المتوفى عنها ما يكفيها ﴿ **منزلاً ومخزناً ومشرقة** ﴾ (أي ضرح تضربه الشمس .) ﴿ **تنفرد بها** ﴾ أي بكل من الثلاث اذا طلبت ذلك ﴿**و**﴾ يجب لمن تعتاد الاستخدام ﴿ **الاخدام** ﴾ أي ان يجعل لها خادماً واما زيادة قوله ﴿ **في التنضيف** ﴾ فبناء على وجوب العشرة المقدمة ، وكل ما يجب من تلك الواجبات فلا بد ان يعتبر مقداره ﴿ **بحسب** ﴾[٣] الوسط من ﴿ **حالها** ﴾ وبلدهما لأن الكلام في الواجب لا

---

(١) **قوله** : فيدخل في ذلك الفراش . . . الخ ، أقول : فيه نظر فانه لا يصح دخوله في الكسوة لغة ولا أراده المصنف اما اللغة فظاهر انها اذا طلقت الكسوة لا تشمل الفراش والدفا قال تعالى «او كسوتهم» في الكفارة ومعلوم انه لا يدخل تحتها الفراش واما ان المصنف لم يرده فلأنه قال قلت واغفل اصحابنا ذكر الفراش ودفا الليل في الأرض الباردة والاقرب انه يلزمه ذلك لانه أهم من اتخاذ كسوة عليا مع البذلة وقد اوجبوها ولانهم قد استثنوه للمفلس المديون ولم يستثنوا له أعلى اللباس وعلى الجملة فالحاجة اليهما امس من الأدام وهما تختلفان بحسب اختلاف الجهات واليسار والاعسار انتهى . ومعلوم ان ايجاب الكسوة عبارة أهل المذهب وهي عبارة الازهار ولم يجعلها شاملة لهما .

(٢) **قوله** : فاذا لم تجب عليها . . . الخ ، أقول : فاما الغسل من الجنابة والحيض وماء الوضوء فهي واجبه عليها فيجب عليه فالمراد بالماء ما كان لمجرد النظافة لا غير .

(٣) **قوله** : بحسب حالها ، أقول : أعلم ان المذهب وعليه ابو حنيفة واصحابه ان النفقة غير مقدرة بتقدير محتوم وقال الشافعي بل مقدرة والحق انه لا تقدير لها بحد معلوم بل الكفاية بالمعروف كما دل له قوله صلى الله عليه وآله وسلم لهند خذي ما يكفيك واولادك بالمعروف ولو كانت مقدرة لأمر صلى الله عليه وآله وسلم هندا ان تأخذ المقدر لها شرعاً ولما أمرها ان تأخذ ما يكفيها من غير تقدير ورد الاجتهاد في ذلك اليها ومعلوم ان كفايتها لا تنحصر في المد والمدين والشافعي قدر النفقة بالحب على الفقير مد بمد النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لانه أقل ما يدفع الى الفقير في الكفارة وعلى الموسر مدان لانه اكثر ما أوجب الله سبحانه وتعالى مدين في كفارة الاذا وعلى المتوسط مد ونصف نصف نفقة الموسر ونصف نفقة المعسر وقد نص في الاصل الذي قاس عليه وسند المنع انه تعالى لم يذكر في القرآن الا الاطعام فإطعام

في المروة لقوله تعالى «لينفق ذو سعةمن سعته» ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفساً الا ما آتاها **﴿فان اختلفا﴾** حالةً **﴿فبحالـه﴾** الاعتبـار **﴿يسراً وعسراً ووقتـاً وبلداً﴾** ولا ضابط لذلك الا نظر الحاكم الذي مارس الشدة والرخاء وتحمل التكاليف في

= عشرة مساكين ففدية من صيام او صدقة او نسك فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً وليس في اطعام الكفارات غير هذا ولم يثبت عنه صلى الله عليه وآله وسلم تقدير ذلك بمد ولا مدين وقال صلى الله عليه وآله وسلم لمن وطى في نهار رمضان اطعم ستين مسكيناً ولم يحد ذلك بحد وثبت عن الصحابة تفسير الاطعام بالفدا او العشا فاخرج ابن أبي شيبه سنده عن علي بن ابي طالب كرم الله وجهه انه قال في اطعام الكفارة يغديهم ويعشيهم خبزاً وزيتاً وفي رواية عنه في كفارة اليمين يغديهم ويعشيهم خبـزاً وسمناً ومثله عن ابي مسعود رضي الله عنه وصح عن ابن عمر رضي الله عنه قال اوسط ما يطعم الرجل اهله الخبز واللبن والخبز والزيت والخبز والسمن ومن أفضل ما يطعم الخبز واللحم واخرج عن أنس رضي الله عنه انه مرض قبل ان يموت فلم يستطع ان يصوم فكان يطعم ثلاثين مسكيناً خبزاً ولحماً اكله واحدة فالأدلة تدل انه لا تقدير في نفقة ولا كفارة وان الواجب في النفقات والكفارات الاطعـام لا التمليك واليه ذهب مالك وابو حنيفة واحمد في احد الرواتين عنه وخالف الشافعي فاعتبر التقدير فيهما وفصل آخرون فقالوا لا تقدير في النفقات وتقدر في الكفارات وعليه أهل المذهب ويأتي وجه التفصيل في الايمان ان شاء الله تعالى وانما اطلنا هنا لان الشارح طوى الكلام هنا ، ثم أعلم انه قال المصنف قال الفقيه على انه لا يقدر من هذه الامور الواجبة للزوجة بالدراهم على قول القسم ويحيى عليه السلام قلت هذا القول هو الحق وناهيك انه كلام الامامين رضوان الله عليهما وقد نصره ابن القيم حيث قال واما فرض الدراهم فلا اصل له في كتاب الله تعالى ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولا عن احد من الصحابة البتة ولا التابعين ولا تابعيهم ولا نص عليه أحد من الايمة الاربعة ولا غيرهم من ايمة الاسلام وهذه كتب الآثار والسنن من الايمة بين اظهرنا فاوجدونا من ذكر منهم فرض الدراهم والله سبحانه اوجب نفقة الاقارب والزوجات والرقيق بالمعروف وليس من المعـروف فرض الدراهـم بل المعروف الذي نص عليه صاحب الشرع ان يطعمهم مما يأكل ويكسوهم مما يلبس ليس المعروف سوى هذا وفرض الدراهـم على المنفـق من المنكـر وليسـت الدراهـم من الواجـب ولا عوض ولا صح الاعتواض عما لم يستقر و لم يملك فان نفقة الاقارب والزوجات انما تجب يوماً فيوماً ولو كانت مستقرة لما يصح العوض عنها بغير رضا الزوج والقريب فان الدراهم تجعل عوضاً عن الواجب الاصلي وهو البر عند الشافعي او المقتات عند الجمهور فكيف تجبر على المعاوضة على ذلك بدراهم من غير رضا ولا اجبار صاحب الشرع له على ذلك فهذا مخالف لقواعد الشرع ونصوص الايمة ومصالح العباد ولكن اذا اتفق المنفق والمنفق عليه على ذلك جازبا تفاقهما انتهى . وانما اطلنا هذا وما قبله لان الشارح طوى البحث وهو مما تعم به البلوى ويفتقر اليه ذوو الحكم والفتوى .

الحالين لأن من لم تختلف عليه الأحوال لا يعرف الا الحالة التي عرفها فربما قدر على الفقير ما على الغني او العكس ﴿ **الا المعتدة عن خلوة** ﴾ فقط ولا وجه للاستثناء لأن الخلوة الصحيحة اذا اوجبت المهر والعدة فلا مخصص للنفقة مع كونها محبوسة من أجله ، واما اعتذارهم بأنها عدة غير حقيقية ، وقالوا يجوز لها فيما بينها وبين الله تعالى أن تغالط فمن التخليطات التي لم تقف على اعتاب مظنة ولا مئنة ﴿**و**﴾ الا ﴿ **العاصية** ﴾[1] قبل الطلاق أو العدة [2] اذا كان عصيانها ﴿ **بنشوز** ﴾ ، قالوا لآن النفقة [*1] في مقابلة تمكينها له من نفسها وهو منقوض بنفقة المعتدة عن بينونة ولهذا قال الأمير المؤيد لا يسقط النفقة الا الخروج من بيته لأنها في مقابلة حبس نفسها من أجله ولا بد من أن يكون زمان النشوز ﴿ **له قسط** ﴾[3] من قيمة النفقة بحيث لو قسطت نفقة اليوم على أجزائه لكان لوقت النشوز قسط لا يتسامح بمثله عند التشاجر ﴿ **وتعود** ﴾ نفقة ﴿ **المستقبل بالتوبة** ﴾ من النشوز ﴿ **ولو** ﴾ لم تتب الا وقد طلقها بايناً وصارت ﴿ **في عدة الباين** ﴾ إذ هي مدخولة محبوسة من أجله وذلك هو المقتضى لنفقة المعتاد لا التمكين ﴿ **ولا يسقط** ﴾ ما استحقته في ﴿ **الماضي بالمطل** ﴾ خلافاً لأبي حنيفة لنا حق في مقابلة عوض استوفاه ولا وجه لسقوطه كالأجرة قالوا الواجب هو الانفاق وقد استحال للماضي فأين الدليل على وجوب مثله

---

(١) **قوله** : والعاصية ، أقول : اختار الشارح قول الامير المؤيد انها لا تسقط نفقتها الا بالخروج من بيته قلت أي بغير آية فهو نوع من النشوز والحق ان النشوز لا يسقط النفقة لانها زوجة وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم في الزوجات ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولم يقيده بشيء ولا يعلم قايل من الصحابة بقول بسقوط النفقة بالنشوز وانما هو قول روى عن النخعي والشعبي والحسن والزهري ولا يعلم لهم حجة الا قولهم النفقة بازأ الجماع فاذا منعت الجماع منعت النفقة وليس كذلك بل النفقة في مقابل الزوجية فاذا وجدت الزوجية وجبت النفقة والكسوة وكيف يقابل ظلم الناشزة لزوجها بمنعه حقه بظلمها بمنع النفقة وهذا ظلم لها وقد بين الله تعالى عقوبة من يخاف نشوزها بقوله فعضوهن واضربوهن واهجروهن في المضاجع فمنع النفقة زيادة على تأديب الله وقولها في الحديث اما ان تطلقني واما ان **تطعمني** دال على انه لا يسقط النفقة الا الطلاق .

(٢) في شرح ابن مفتاح او في العدة .

(٣) بخلاف ما لو كان النشوز ساعة خفيفة ثم تابت .

(١ *) يعني ان قياس النفقة على الاجرة لا يصح للفرق بينهما بان الاجرة وقع عقد الاجارة عليها بخلاف النفقة فتأمل فما في المنحة وهم .

لأنه كالقضاء يفتقر الى دليل ، قلنا كالأجرة ، قالوا وقع[١] العقد عليها بخلاف النفقة[١*] فانما وجبت في مقابلة عوض لا قيمة له ﴿ **ولا** ﴾ يسقط ﴿ **المستقبل بالابراء** ﴾ قالوا لأنه ابراء قبل الاستحقاق حيث لا يجب الا قوت كل وقت في وقته وهو تهافت لأن الاستحقاق ثابت قبل الوقت وانما الوقت وقت لتضيق التسليم لا للاستحقاق والا لما صح قوله ﴿ **بل** ﴾ تسقط ﴿ **بالتعجيل** ﴾ كالزكاة لأن سببها وهو النكاح موجود وان كان الشرط وهو حصول وقت الحاجة لم يحصل فهو كالحول مع النصاب ﴿ **ولا يطلب** ﴾ التعجيل ﴿ **الا من مريد الغيبة في حالٍ** ﴾ واحدة وهي حالة ان لا يترك بعده ما ينفقه الحاكم عليها بناء على ان ليس لها الفسخ بتعذر الانفاق للغيبة كما سيأتي خلاف ما اختاره الامام يحيى في الانتصار وهو الحق ﴿ **وهو** ﴾ أي التعجيل ﴿ **تمليك في** ﴾ تعجيل ﴿ **النفقة** ﴾ وقوله ﴿ **غالباً** ﴾ احترازعما لو ارتفع الوجوب بموتها أو نشوزها[٢*] وقد بقي[٣*] مما عجله بقية فانها ترجع للزوج أو لورثته

---

(١) **قوله** : قالوا وقع العقد عليها ، أقول : يريد ان الاجرة هي الصداق الذي وقع العقد عليه لا النفقة والمسألة لا نص فيها فيرجع اليه والوجوه والاعتبارات في سقوطها اظهر وقد ارتضى هذا ابن القيم قايلا ما حاصله النفقة انما هي لكونها في حبسه فهي عانية عنده كالاسير فهي من جملة عياله ونفقتها مواساة والا فكل من الزوجين يحصل له من الاستمتاع مثل ما يحصل للآخر يريد انه تعالى اوجبها مواساة كما أوجب نفقة القريب والرفيق ولذا جعل صلى الله عليه وآله وسلم نفقتها كنفقتهما بالمعروف والانواع الثلاثة انما وجبت مواساة لاحياء نفس من هو في ملكه وحبسه ومن بينه وبينه رحم وقرابة فاذا استغنى عنها بمضي الزمان فلا وجه لالزام الزوج بها وأي معروف في الزامه ما مضى وحبسه على ذلك والتضييق عليه وتعذيبه بطول الحبس وتعريض الزوجة لقضا اوطارها من الدخول والخروج ومعاشرة الأخدان بانقطاع زوجها عنها وغيبة نظره عليها وفي ذلك من الفساد المنتشر ما لا يعلمه الا الله ومعاذ الله ان تأتي الشريعة بما فيه الفساد ونفقة الزوجة تجب يوماً فيوماً فهي كنفقة القريب وما مضى فقد استغنت عنه بمضي وقته فالزام الزوج به منشأ العداوة والبغضا بين الزوجين وهذا ضد ما جعله الله بينهما من المودة والرحمة وهذا القول هو الصحيح المختار الذي لا تقضي الشريعة بغيره انتهى . وبه يتضح قوة ما جنح اليه الشارح وهو احدى الروايتين عن احمد بن حنبل .

(١*) يناقض ما تقدم لهم في ايجاب النفقة للصغيرة من القول بان النفقة في مقابلة العقد لا الاستمتاع فراجعه .

(٢*) او بموته وقد بقيت بقية عن مدة ما عجل تزيد على مدة العدة فانها ترجع الى ورثته .

(٣*) أي نفى من مدة ما بمحله بقية ولو قد **استهلكته** فانه يرجع اليه من تركتها كما فسره في شرح ابن مفتاح ومثله في البحر .

﴿ **لا الكسوة** ﴾ وقال الامام يحيى فرق[1] بلا فارق الا انه تمليك على شرط مضمر هو ان يسقط ما وجب ولهذا **صحت** صورة غالباً ﴿ **ولا** ﴾ تسقط النفقة عن الزوج ﴿ **بتبرع الغير الا** ﴾ اذا كان التبرع بنية الانفاق ﴿ **عنه و** ﴾ الزوجة هي والمتبرع بالانفاق عن الزوج وان نوى الرجوع ﴿ **لا رجوع** ﴾ لهما على الزوج الا الحاكم او من امره بالانفاق اذا كان الانفاق ايضاً لغيبة أو تمرد ﴿ **وينفق الحاكم** ﴾ عليها ﴿ **من مال الغايب** ﴾ ان كان له مال ﴿ **مكفلاً** ﴾ عليها انه اذا انكشف ان عندها نفقتها ردت ما انفقه عليها أو عوضه بناء على الظاهر معها ليكون القول قولها مع يمينها فلا ينفق عليها الا بعد تحليفها ﴿**و**﴾ ينفقها من مال ﴿ **المتمرد** ﴾ الحاضر ايضاً ﴿**و**﴾ اذا كان عدم انفاقه لا لغيبة ولا لتمرد بل لا عسارة فان الحاكم ﴿ **يحبسه** ﴾ ان كان حاضراً ﴿ **للتكسب** ﴾ للمستقبل في مكسب يليق بمثله الا ان[2] فيه بحثاً لأن الواجب انما هو الغداء في وقته والعشاء في وقته فهو واجب موقت فالحبس ان

---

(١) **قوله** : فرق بلا فارق ، أقول : أشار المصنف الى الفارق بانه لا يمكن الانتفاع بالنفقة الا باستهلاكها يعني بخلاف الكسوة وجوابه ان ذلك جارٍ في الكسوة ايضاً فان لكل حين قسطاً من العين الملبوسة يتلف به وينقص من قيمته كما ينقص بعض معجل الطعام باستهلاكه فالحق انه لا فرق بين الامرين واما ما فضل منهما اعتنى من الكسوة والنفقة عن الزمان المقدر لهما فهو عين مال الزوج فهو له ولو كان بقاؤه لصيانة الثياب او تفتير الطعام .

(٢) **قوله** : الا ان فيه بحثاً اقول : هو رصين وقال ابن القيم ان القول بانه يحبس حتى يجد ما ينفق هو قول حكاه الناس عن ابن حزم وصاحب المغنى وعبدالله بن الحسن العنبري قاضي البصرة وبالله العجب لاي شيء يسجن ويجمع عليه عذاب السجن وعذاب الفقر وعذاب البعد عن اهله سبحنك هذا بهتان عظيم ولا اظن من يشم رايحة العلم يقول هذا انتهى قلت الذي في شرح المحلي لابن حزم ما لفظه قالت طايفة يسجن فلا يطلق ولا يكلف طلاقاً وهو قول عبدالله بن الحسن قاضي البصرة قال ابو محمد يعني ابن حزم نفسه ليت شعري لماذا يسجن انتهى . وبه تعرف ما رواه ابن القيم من حكاية الناس عنه غير صحيحة والذي اختاره ابن حزم مذهباً لنفسه انها لا تجب نفقه لزوجة اذا اعسر عنها زوجها بل تنفق نفسها وتنفق زوجها اذا كانت غنية وهو فقير وقد نقلنا كلامه وادلته ورددناها في رسالة يأتي بيان اسمها آخر هذا البحث ان شاء الله تعالى وهذه المسألة توقف فيها محمد بن داود لما سألته امرأة عن اعسار زوجها فقال ذهب ناس الى انه يكلف السعي والاكتساب وذهب آخرون الى انها تومر المرأة بالصبر والاحتساب فلم تفهم المرأة الجواب وكررت السؤال وهو يجيبها فلم تفهم فقال يا هذه قد اجبتك ثلاثاً ولست قاضياً فاقضي ولا سلطاناً فامضي ولا زوجاً فارضي فانه ظاهر انه متردد في تكليفه الاكتساب لا في الفسخ كما قاله المنار .

كان في خلال وجوب الواجب فهومانع عنه فيعودعلى الغرض بالنقض وان كان قبله فلاوجوب فكيف يحبس لغيرواجب وان كان بعده صاركالدين ولايحبس له مع ظهور الاعسار اتفاقاً، واماقول المصنف ان نفقة الزوجة آكد من الدين لقوله تعالى على المقتر قدره وقال في الدين فنظرة الى ميسرة فساقط لأن الاقتار قلة العيش والاعسار عدمه ووجوب الانفاق مع القلة لا يستلزم وجوب الانفاق مع العدم فيكون اذا حكم الدين وحكم نفقة الزوجة مع الاعسار سواء لا يحبس لا يهما وبه يظهر صحة قول الامام يحيى فان ظهر اعساره اطلق اجماعاً ولا طريق حينئذٍ الا الفسخ كمن وجد سلعته في يد المفلس ومن خالف[1] اجماعاً يرويه مثل هذا الامام المحيط بمذاهب العلماء لا سيما اذا كان ممن يرى وجوب العمل بخبر الواحد في نقل الاجماع فانه مخالف لحجة ولواجب في مذهبه فهو معتمد لمعصية عنده ﴿و﴾ كان أوسع له من ذلك ان ﴿ لأن ﴾ يمنع ﴿ فسخ ﴾ النكاح الذي اقتضاه[2] شرع بعث الحكمين من بين الزوجين عند الشقاق فانه دال بالاقتضاء على ان اليهما التفريق بين الزوجين ان ظنا عدم الصلاح في الاجتماع ، وبالفسخ قال امير المؤمنين كرم الله وجهه وعمرو وأبو هريرة والحسن وابن المسيب وحماد وربيعة والايمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد رجحه الامام يحيى وقواه المصنف ايضاً ومن العجب انه قوي الفسخ ثم احتج للمذهب بقوله اذ لا دليل فان أراد انه لم يعلمه فكيف يصح انيقوي ما لايعلم له دليلاً

---

(١) **قوله** : ومن خالف اجماعاً . . . الخ ، أقول : يريد انه ايضاً خالف الاجماع بقوله انه يحبس او بقوله ان النفقة اكد من الدين الا انه غير خاف ان المصنف قايل بما قاله الامام يحيى فانه نقل عن شمس الشريعة ان الحاكم اذا عرف اعساره خلا سبيله قلت لعله يعني اذا عرف اعساره وانه عاجز عن التكسب اوليس من أهل التكسب انتهى . فالمصنف قائل انه اذا عرف اعساره ولا كسب له انه يخلي سبيله فما خالف الاجماع غايته انه قيده .

(٢) **قوله** : الذي اقتضاه شرع بعث الحكمين ، أقول : نعم في الحكمين بعد تسليمه ان لهما التفريق والكلام في فسخ الحاكم هنا ولا يتم القياس له لان الشارع من نفاته وأعلم انه أهمل المصنف مسألة بعث الحكمين المنصوص عليهما في كتاب الله تعالى وعدل الى قوله والقول لمن صدقته العدلة والحق انه عند تشاجر الزوجة والزوج يجب بعث حكم من اهلها وحكم من اهله كما قال الله تعالى يبحثان عن حال الظالم منهما ويرفعان ذلك الى الحاكم ليأخذ الحق ممن هو قبله ، واما انهما يفرقان بين الزوجين ففي ذلك خلاف الا انه صح عن امير المؤمنين عليه السلام انه قال للحكمين حين بعثهما ان رأيتما ان تفرقا فرقتما وان رأيتما ان تجمعا جمعتما وبهذا قال طايفة وذهب آخرون الى انه ليس اليهما التفريق وقوى هذا ابن حزم فما كان للمصنف اهمال بعث الحكمين .

وان أراد لا دليل مطلقاً ففيه حديث ابي هريرة عند الدارقطني والبيهقي مرفوعاً[1] بلفظ قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما وفي رواية من أعسر بنفقة امرأته وهو عند الشافعي وعبد الرزاق عن سعيد بن المسيب وقد سئل عن ذلك فقال يفرق بينهما فقيل له سنه فقال نعم سنه وأما ما توهمه الحافظ بن حجر تبعاً لابن القطان من ان الدارقطني وهم فيه وتبعه البيهقي على الوهم محتجين على وهم الدارقطني بأن حماداً اخرج حديث أبي هريرة الصحيح رفعه بلفظ المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني ثم أردفه بقول سعيد المذكور ثم ساق اسناده الى أبي هريرة مرفوعاً ثم لم يذكر له متناً الا قوله مثله فقالا توهم الدارقطني ان مراد حماد بمثله مثل قول سعيد فيكون ذلك

---

(١) قوله: مرفوعاً. أقول: اعلم انه اخرج البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه انه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أفضل الصدقةما ترك غنا وفي لفظ ما كان عن ظهر غنا واليد العليا خير من اليد السفلى وابدا من يقول تقول المرأة اما ان تطعمني واما ان تطلقني ويقول العبد اطعمني واستعملني ويقول الولد اطعمني الى من تدعني قالوا ايا ابا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لا هذا من كيس ابي هريرة وقال من يشتغل بتفسير الاحاديث مراد ابي هريرة بقوله من كيس ابي هريرة انه استنبطه قلت والذي يظهر بل يتعين ان ابا هريرة لما قال لهم قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، قالوا له هذا شيء تقوله عن رأيك او عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اجاب بقوله من كيسي جواب المتهكم بهم لا انه اخبرهم انه لم يكن عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وكيف يصح حمل قوله من كيس ابي هريرة على انه أراد انه استنبطه وقد قال لهم قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهل ينسب استنباطه الى قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهل هذا الاكذب على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وحاشا ابا هريرة من ذلك فانه من رواة حديث من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار فالقرآين واضحة انه لم يرد ابو هريرة الا التهكم بالسآيل ولذا قلنا انه يتعين انه مراده ويزيده وضوحاً انه اخرجه النسائي من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ولفظه بعد قوله ابدا من تعول فقال من اعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمني والا فارقني . . . الخ وهذا صريح ان الذي قال ابو هريرة أنه من كيسه انه من كلام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كما نسبه اليه في رواية البخاري ايضاً ثم سألوه هل قلته أو من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فتهكم بهم وقال من كيسه فكل رواياته متطابقة انه مرفوع من كلامه صلى الله عليه وآله وسلم وقول الحافظ ابن حجر في فتح الباري ان رواية النسائي المرفوعة وهم لم يبين وجهه ولا ذكر دليل التوهم وما اظنه يجد له وجهاً والا لذكره ويزيده ـ أي الرفع ـ وضوحاً ايضاً انه اخرج الدار قطني عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وآله وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني الحديث وأخرج سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما واخرج باسناده الى حماد بن سلمة

= عن عاصم بن بهد له عن ابي صالح عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مثله
وأخرج سعيد بن منصور في سننه عن ابي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق
على امرأته قال يفرق بينهما قلت سنة قال نعم سنة .

اذا عرفت هذا فاختلف الناس في ضمير مثله فالدارقطني اعاده الى سعيدبن المسيب وانه اراديفرق بينهما لانه أثر سعيد وقال ابن القطان ان اعادته الى حديث سعيد وهم من الدار قطني بل هو عايد الى حديث ابي هريرة الذي هو حديث تقول امرأتك اطعمني او طلقني الحديث ، فاذا عرفت هذا فقد دار الاستدلال على حكم الفسخ بحديث ابي هريرة وهو حديث لم ينقل لفظه بل الثابت ضمير تردد بين عودة الى لفظ مماثل لاثر ابن المسيب تكون حجة على الفسخ والى لفظ آخر ورد صريحاً عن ابي هريرة ليس فيه حجة على ذلك وقد تقرر ان الدليل (١ . ح) بعد ثبوت لفظه اذا دخله الاحتمال في دلالته بطل به الاستدلال لانه لا يترجح الظن باحد احتماليه ولا يصح العمل مع الشك وهنا الاحتمال في اللفظ وهو ادخل في الاحتمال ولكن الشارح جزم بانه قال ابو هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما فان هذا شيء لم يروه (٢ . ح) هكذا احد عن ابي هريرة بل الرواية كما قدمنا لفظها عن ابي صالح عن ابي هريرة وقد سبقه الى هذا اعني الجزم بان اللفظ المذكور لابي هريرة البيهقي وابن الجوزي قال الحافظ ابن حجر (٣ . ح) قد نسب البيهقي وابن

(١ . ح) وهو حديث ابي هريرة مرفوعاً المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني الحديث .

(٢ . ح) بل رواه هكذا البيهقي بناء منه على عود ضمير مثله الى أثر سعيد بن المسيب وهو الذي وهموه فيه .

(٣ . ح) قوله في المنحة قال الحافظ ابن حجر الى قوله وهو خطأ بين ، وقال الزركشي في تخريج احاديث الرافع ليس الأمر كما فهم الامام البيهقي رحمه الله ولا يعرف هذا مرفوعاً في شيء من كتب الحديث اصلا والموقع له في ذلك ان الدار قطني ذكر في سننه من طريق بن فروخ ثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن ابي صالح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم «قال المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني» الحديث ثم قال شيبان ونا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب انه قال في الرجل يعجز عن نفقة امرأته قال ان عجز فرق بينهما ثم أورد اسناداً آخر الى حماد بن سلمةعن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ايضاً بذلك ثم قال وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمةعن عاصم بن بهد له عن ابي صالح عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم بمثله انتهى . فهذا من الدار قطني توهم ان قول عاصم عن ابن صالح عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وكان قصده بيان المتابعة وهذا ظاهر لا خفا فيه وليس فيه الا عود الضمير الى غير الاقرب وسوغ ذلك ان في ذلك ما يدل على صرفه الى الابعد وهو انه لما قصد بيان المتابعة فيما ذكر كان ذلك قرينة في معرفة مرجع الضمير انتهى ملخصاً . وأخرج الشافعي أثر سعيد بن المسيب وقال والذي يشبه قول سعيد سنه ان يكون أراد سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وحكاه عنه الرافعي والبيهقي وأقره ولكن الشافعي في كتاب الديات رجع عن هذا وقال وجدتهم يقولون سنة يريدون سنة أهل المدينة وقال ابن حزم لعله أراد سنة عمر ولو قال سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لكان مرسلاً انتهى . من تخريج الزركشي رحمه الله تعالى . اذا عرفت هذا عرفت تتابع الايمة الحفاظ على توهيم البيهقي وابن الجوزي وهم أكثر وأرجح ولو تساووا لم يثبت رفع الحديث مع الاختلاف ولا يقال من رفعه ارجح لانها زيادة لان اختلافهم في مرجع الضمير فليس الرافع معه زيادة ، وأما ما نقله في المنحة ونسبه الى السيد العلامة محمد بن ابراهيم الوزير رحمه الله تعالى فلا أعلم صحة النسبة اليه لان ذلك الكلام مكتوب في هامش التلخيص وقد بين ابن المواق دفع ما قاله من سوء الصنعة ومخالفة العادة ولا يخفى بطلان قوله ان الوهم على أسحق . . . الخ ثم حكم آخراً ان حماد أرمي بالوهم وكل ذلك وهم منه فتأمله جيداً وقوله في المنحة بل لا مانع انه استنبط أبو هريرة هذا . . . الخ ، لا ادري اي استنباط وما المستنبط منه فان كان المستنبط قوله يقول المرأة الخ ، فقد جزم صاحب المنحة برفعه وان كان منه على تسليم وقفه فالمرفوع الذي رفعه البيهقي رفعه فيه يفرق بينهما وهذا فيه تقول اطعمني او طلقني والحاصل انه لم يثبت دليل مرفوع على التفريق بين الزوجين لاعسار الزوج والله سبحانه أعلم .

= الجوزي سعيد مرفوعاً ايضاً من روايةحماد بن سلمة وهو الذي فهم البيهقي وكذلك ابن الجوزي في التحقيق فركب لفظ الرواية عن سعيد بن المسيب على الاسناد المرفوع الى النبي صلى الله عليه واله وسلم ونسب ذلك الى الدار قطني وكل ذلك وهم والدار قطني بريء من عهدته وكيف يجوز القطع بنسبة حديث الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عمدته افهام مرجع الضمير وانما الحدث الذي روي بهذا الاسناد حديث الصدقة ما تصدقت عن ظهر غنى واليد العليا خير من السفلى ويبدأ احدكم بمن يعول تقول المرأة اطعمني او طلقني ويقول ولده الى من تكلنا ويقول خادمه استعملني واطعمني قال ابن القطان في كتابه وهكذا الحديث وقع تالياً لقول سعيد في كتاب حماد بن سلمة ولما نقله الدار قطني اعتراه احد أمرين فذكرهما وتركنا هما لبعدهما عن مثل الدار قطني وزاد البيهقي اشكالاً فانه لم يذكر الحديث الاول البتة الذي ذكره الدار قطني ليرجع الضمير اليه بل ذكر كلام ابن المسيب من طريق الدار قطني ثم ذكر السند الذي بعده وآخره عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مثله ففهم من كلام الدار قطني ان المراد بقوله مثله كلام ابن المسيب وان ذلك من هذا الوجه مرفوع الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم ثم صرح بذلك في الخلافيات على ما سبق وليس كذلك بل قوله مثله راجع الى الحديث الاول كما ذكرنا والسند من حماد . . . الخ سند واحد وقد علمت سبب الوهم في ذلك ونقل ابو عبد الله بن المواق في كتاب بغية النقاد كلام ابن القطان في هذا الحديث ثم قال وحاصله الكلام في موضعين احدهما انكاره ان يكون حماد بن سلمة روى عن عاصم بن مهد له عن ابي صالح عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مثل قول سعيد بن المسيب وهذا صحيح لا ريب فيه، الثاني القطع على الدارقطني بتوهم ذلك قال ابن المواق وهذا ممنوع فان الدار قطني انما أتى بقوله آخراً عن حماد بن سلمة . . . الخ ليبين ان اسحاق بن منصور تابع شيبان بن فروخ على ما رواه حماد من روايتيه كلتيهما في الحديث المرفوع وفي الاثر الموقوف فبين متابعة اسحاق لشيبان عن حماد في الموقوف ثم اتبعه برواية اسحاق ايضاً عن حماد عن لفظ ابن المسيب الى ابي هريرة مرفوعاً وهو خطا بين وتعقيب السيد الحافظ الكبير محمد بن ابراهيم الوزير رحمه الله تعالى كلام ابن حجر وقال الظاهر مع البيهقي مستدلا بان ما ذكر من الروايات الثلاث ثابت في كتاب حماد على هذا الترتيب وهو تقديم حديث ابي هريرة الذي فيه ابدا بمن تقول زوجتك تقول الحديث ثم اردفه بأثر سعيد بن المسيب ثم اردف اثر سعيد بحديث ابي هريرة الذي عبر عن متنه بمثله قال من أعاد الضمير الى حديث ابي هريرة المرفوع ان حماد اراد جمع طرق حديث ابي هريرة وأشار الى المتن الاول بقوله مثله قال السيد محمد الجواب ان عادة الحفاظ أجمعين في مثل ذلك ان يوالوا بين طرق الحديث المجموعة ولا يوسطوا بينها ما هو اجنبي ثم يعودون الى بقيتها من غير بيان المتن مكتفين بضمير لا يظهر منه العود الا الى الاقرب ولو فعل ذلك مع البيان لمتن الحديث الاول لكان من سوء الصنعة ومخالفة العادات وقد تبين ضعف اعلال ابي حاتم لانه حمل الوهم على اسحق بن منصور الراوي عن حماد قال وهم في اختصاره وحين تبين انه كذلك في كتاب شيخه حماد فقد تخلص

رفعاً[(١)] لقول سعيد من طريق ابي هريرة قالا وانما مراد حماد ان حديث ابي هريرة الآخر مثل حديثه الأول اطعمني او طلقني وغرهما قول أبي حاتم ان اسحاق بن منصور

= عن الوهم ومن البعيد ان يحكم بالوهم على حماد ولم يعرف الحديث إلاّ منه والبيهقي امام بصير بهذا الشأن فلا سبيل الى الجزم بوهمه انتهى كلام السيد محمد والشارح بنى كلامه عليه وقد اتضح لك قوله ان ابن حجر وابن القطان وهما الدار قطني وانه لا وجه له وان اعلال ابي حاتم غير تام وان الضمير يعود الى حديث ابن المسيب هذا وسلك ابن القيم طريقاً آخراً فقال على تقدير ان ضمير مثله عايد الى أثر ابن المسيب وان لفظ ابي هريرة مرفوعاً يفرق بينهما فهو حديث منكر لا يحتمل ان يكون عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم اصلا وأحسن اقواله ان يكون عن ابي هريرة موقوفاً قال واما ان يكون عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه سأل عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته فقال يفرق بينهما فوالله ما قال هذا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولا سمعه ابو هريرة ولا حدث به وكيف وابو هريرة لا يستجيز ان يروى عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم امرأتك تقول اطعمني او طلقني بل يقول هذا من كيس ابي هريرة لئلا يتوهم نسبته الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، هذا خلاصة كلام المحققين في الحديث وجنح ابن القيم الى عدم الفسخ لتعذر تقدم هذه اول الصافي حسب القاعدة النفقة الا انه قال الذي تقتضيه اصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة ان الرجل اذا غر المرأة بانه ذو مال فتزوجته على ذلك فظهر معدما لا شيء له او كان ذا مال وترك الانفاق على زوجته ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحكم ان لها ان تفسخ وان تزوجته عالمة بعسرته او كان له مال فاصابته جائحة اجتاحت ماله فلا فسخ في ذلك وكأنه يقول تزوجها مع علمها رضى بذلك لكن قوله اذا تزوجته موسرا واجتاحت ماله جائحة لا فسخ لها ايضاً لا وجه له كما ان اقسامه على ان حديث ابي هريرة لم يقله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مستدلا على ذلك بان ابا هريرة قال ان حديث امرأتك تقول اطعمني والا طلقني من كيسه ليس بدليل على انه لم يكن عند ابي هريرة حديث يفرق بينهما مرفوعاً اذ هذا لفظ آخر غير اللفظ الذي اخبر انه من كيسه بل لا مانع انه استنبط ابو هريرة هذا الذي من كيسه من الحديث الذي يرفعه وهو لفرق بينهما فانه يفيد ان للمرأة ان تطلب الفراق اذا لم يطعمها بل يقول الحديث الذي من كيسه دليل على صحة روايته لما رفعه لانه مستخرج منه ومستنبط من معناه ولا يستنبط ابو هريرة رأية الامن حديث نبوي او آية قرآنية وقد وجدناه هنا روى حديثاً مرفوعاً يصلح ان يكون دليلا لرأيه فهو دليله فيما يظهر على انا قدمنا لك ان الاظهر انه حديث مرفوع لا انه من كيسه واستنباطه .

(١) **قوله** : ظاهر في الرفع أقول : الذي في كتب الاصول انه ظاهر في الرفع ان صدر عن الصحابي قال في تنقيح الانظار ان الظاهر انه لا يريد الا سنة النبي صلى الله عليه وآله وسلم وذكر ان ذلك مذهب الزيدية والخلاف فيه لابي الحسن الكرخي والصير في واما اذا صدر عن التابعي كما هنا ففيه ان ذلك

وهـم في اختصـاره وليس اسحـاق هو المختصر له بل الثلاثـة الأحـاديث بهذا الترتيب في كتاب حماد وضمير الآخر يرجع الى الأوسط لأنـه الـذي يليه فقـد بان أن توهيم الدارقطني مبني على وهم وقد اشتهر عند الحفاظ ان الدارقطني لم يهم في شيء قط مع ان قول سعيد بن المسيب من السنة[١*] ظاهر في الرفع عند الأكثر أو في الاجماع عند الأقل وحديث أطعمني أو طلقني ظاهر[١] في وجوب أحد الأمرين فاذا تمرد حكم عليه بالممكن وهو الفسخ ثم حديث لا ضرر ولا ضرار كافٍ كما تقدم مع ان النفقة في مقابلة[٢] الاستمتاع وغاية الأمر ان يكون عقد النكاح لملك منفعة لا غير كالاجارة بل ظاهر قوله تعالى « فآتوهن أجورهن » ان

= موقوف متصل لانهم قد يعنون بذلك سنة الخلفاء وربما كثر ذلك فيهم حتى لا يكون غيره راجحاً وهذا احد قولي الشافعي وصححه النووي انتهى . فعرفت ان كلام الشارح غير صحيح على أصول المحدثين نعم سياق الحديث وقول ابن المسيب سنة جواباً على ابي الزناد حيث سأله عند سماعه الحديث منه سنة دال انه سنة النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذ من البعيد ان يريد السايل والمجيب سنة عمر رضي الله عنه بل السايل لا يريد الا سنة النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذ هي الفرد الكامل عند الاطلاق في لسانهم والمجيب يجيب عما سأل عنه لا عن غيره ولذا قال الشافعي والذي يشبه ان يكون قول سعيد سنة سنة النبي صلى الله عليه وآله وسلم انتهى وبعد هذا تعلم ان مرسل سعيد والمرفوع من حديث ابي هريرة يتعاضد ان على صحة القول بالفسخ وقد قررنا ادلته ودفع ادلة من منعه في سبل السلام شرح بلوغ المرام تقريراً شافياً هذا ، واما قوله وفي الاجماع عند الاقل فما رأيت في الاصول من يقول ان ذلك اجماع ولا في كتب اصطلاح الحديث فينظر .

(١) قوله : ظاهر في وجوب احد الامرين أقول : قد سمعت ما اخرجه البخاري في صحيحه ان ذلك اللفظ من كيس ابي هريرة لا من كلامه (تقدم ما عليه في المنحة) صلى الله عليه وآله وسلم فلا حجة فيه على انه لو كان مرفوعاً لما دل على ذلك كما لا يخفى فانه اخبار انها تقول ذلك ولا يدل على جواز قولها ذلك فضلاً عن الدلالة على غيره فانه قد عبر صلى الله عليه وآله وسلم بالأمر الذي سيقع لا يدل على جوازه واما حديث لا ضر ولا ضرار فلا شك انه لم يقل به في كل محل على ظاهره بل مثل يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر لا استدل بعمومه على خصوصية حكم والا لالغى به عدة من الاحكام .

(٢) قوله : في مقابلة الاستمتاع ، أقول : تقدم منعه وانما هي لكونها أسيرة عانية عنده كما أرشد اليه حديث حجة الوداع .

(١ *) في شرح تقريب النووي للسيوطي رحمه الله تعالى ما لفظه اذا قال الشافعي ذلك أي أمرنا او نهينا فجزم ابن الصباغ في العدة انه مرسل وحكى فيه اذا قاله ابن المسيب وجهين هل يكون حجة اولا وللغزالي فيه احتمالان بلا ترجيح هل يكون مر وقوفاً او مرفوعاً مرسلاً وكذا في قوله من السنة فيه وجهان حكاهما المصنف في شرح مسلم وغيره وصححه وقفه وحكى الداودي الرفع عن القديم انتهى وفي تنقيح الانظار انه موقوف متصل ورجحه .

النكاح اجارة وهي تفسخ ببطلان المنفعةوبطلان المنفعةهو العلةايضاً في فسخ[١] النكاح بعيوبه المتقدمة وكيف لا وقد قالوا يكلف السيد ازالة ملك المملوك اذا عجز عن انفاقه كما سيأتي مع ان الزوجة أولى بذلك من العبد لأن كسبها ليس مستحقاً للزوج استحقاق السيد لكسب العبد حتى يسقط عنه حقها من الانفاق اذا تكسبت ولأن معظم المرأة نكاحها فيجب تخليتها للكسب به على نفسها كالمملوك على انها لو كانت مملوكة لا كسب لها تستنفق منه لوجب على الحاكم بيعها ممن ينفقها لتعذر اكراه سيدها بالغيبة المنقطعة فيتعين ازالة ملكه كما سيأتي في المماليك ان شاء الله تعالى ، واذا عرفت ان الاعسار كالعيب وان الفسخ فوري وجب[٢] ان يكون قوله ﴿ **ولا يمتنع منه مع الخلوة** ﴾ مقيداً بما اذا كانت قد رضيت باعساره ولم تفسخ واما اذا فسخت فالفسخ امتناع وزيادة واما قوله ﴿ **الا لمصلحة** ﴾ فصواب العبارة الا لمانع عقلي أو شرعي او بأمر الحاكم لما سيأتي من ان ليس لمن تعذر عليه استيفاء حقه حبس حتى خصمه ولا استيفاؤه الا بحكم ﴿**و**﴾ اذا تناكرا في حصول الواجب اقيمت بينهما امرأة عدله وكان ﴿ **القول لمن صدقته العدلة في العشرة والنفقة و** ﴾ العدلة ﴿ **نفقتها على الطالب** ﴾ لوساطتها بينهما وقال المصنف نفقتها بينهما كأجرة القسام وان كان الطالب للقسمة احد الشريكين فقط ﴿**و**﴾ القول ﴿ **للمطيعة** ﴾ في الحال ﴿**في**﴾ نفي ﴿ **النشوز الماضي وقدره** ﴾ وأما اذا كانت غير مطيعة في الحال كان القول في قدره لمدعى الأقل والبينة على مدعى

---

(١) **قوله** : في فسخ النكاح بعيوبه . . . الخ ، أقول : تقدم ان العلة بطلان الانتفاع بالغرض الذي يقصد به من النكاح وهنا لا بطلان له وبالجملة هذه المسألة من المشتبهات لم يتضح فيها الدليل من الجانبين والاصل عدم جواز الفسخ والمسألة محل وقف ، بعد هذا تفضل الله وله الحمد بالنظر في المسألة وكتبنا فيها رسالة وبينا الادلة الدالة على الفسخ بل على ايجابه عند تكامل شرايطه ورددنا ادلة الذاهبين الى خلافه والزمنا أهل المذهب القول بوجوبه وبسطنا فيها القول بسطاً شافياً وسميناها الرسالة الثابتةالانظار في بيان أدلة تعين فسخ امرأة المعسر بالاعسار وقد تعرض ابن القيم في الهدي للمسألة وأختار عدم الفسخ وتبعه بعض النظار من المتأخرين ولكنه أتضح لنا ضعف أدلة ابن القيم ومن تبعه ضعفاً لا يشك فيه ناظر منصف ولا يستطيع تقويته المتعسف .

(٢) **قوله** : وجب ان يكون قوله . . . الخ ، أقول : هذا اخراج لكلام المصنف عن مراده فانه لم يرد الا انه اذا حبس الزوج وطلب وقوف المرأة معه في حبسه كان له ذلك ولا يجوز لها الامتناع مع خلوته عن الناس والشارح اخرجه عن مراده الى مراد نفسه وأوجب حمل عبارته على ما لا يصح عنده فكان الاحسن ان يقول وعلى تسليم انه يحبس لتعذر النفقة فلا وجه لقوله انها لا تمتنع منه لانه حبس لها بغير ذنب واسعاد له الى قضا وطره مع نشوزه عن الواجب عليه من التكسب .

الأكثر ﴿و﴾ كذا القول قول المطيعة التي هي واقفة ﴿ في غير بيته بإذنه في ﴾ نفي ﴿ الانفاق ﴾ لأن كونها في غير بيته ظاهر في انفصالها عن كفايتها ﴿ قيل و ﴾ القول قول ﴿ مطلقة ومغيبة ﴾ في دعواها عدم النفقة اما اذا كانت في غير بيته فظاهر واما اذا كانت في بيته فقد تقدم ان الحاكم ينفق من مال الغيب مكفلاً وما ذاك الا لأن القول قولها ﴿ وتحلف ﴾ كما تقدم قال المصنف اما اذا ادعت عدم النفقة في ايام قد مضت وهو غايب وهي باقية في بيته فالظاهر خلاف دعواها فلهذى اشار بالقيل الى ضعف القول وهو كلام في غير محل النزاع اذ النزاع في دعوى عدم النفقة في الحال لا في دعوى الدين .

(فصل)

﴿ ونفقة الولد غير العاقل ﴾ لصغر أو زوال عقل اذا لم يكن له مال ﴿ على ابيه ﴾ وادعى المصنف فيه الاجماع مسنداً له الى ان مونة حضانته اذا وجبت عليه لأجل الولد لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فأولى ان يجب عليه نفقة الولد ، قلت مع ما تقدم من حديث عايشة في اذن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم لهند ان تأخذ ما يكفيها وولدها من مال زوجها ابن سفيان ولو لم يكن للولد حق لما اذن لها وتقدم احاديث وجوب الفطرة على الرجل عنه وعمن يمون وهي تابعة لوجوب النفقة وحديث انفقه على ولدك تقدم هنالك ايضاً الا انه انما يجب انفاقه بما زاد على كفاية نفسه لحديث انفقه على نفسك ثم يأتي الخلاف المقدم في تقديم الانفاق على الزوجة او الولد بعد كفاية النفس واما اذا[1] كان للولد مال فالمذهب كذلك وقال الناصر والامام يحيى والمؤ يد والفريقان في ماله وقواه المصنف لنا اطلاق الادلة الماضية قالوا تجب نفقة الاب المعسر على الولد الموسر كما سيأتي فأولى وأحرى ان تجب نفقة نفسه على نفسه مع يساره قلنا كالزوجة وان كانت موسرة ، قالوا نفقتها اجرة ونفقة القريب مواساة ولا مواساة الا مع حاجة والا لزمت الاب نفقة ابنه الكبير واللازم باطل بالاتفاق وبطلان اللازم انما كان لغناه بكسب او مال وقد

فصل ونفقة الولد .

(١) قوله : واما اذا كان للولد مال . . . الخ ، اقول : اما على الارجح في حديث انت ومالك لأبيك ان مال الابن ملك حقيقي للأب فلا يرد التفرقة بين حالتي الابن وقد اسلفنا ان حمله على ظاهره هو المتعين كيف وقد اكد فكلوا من اموالهم سيأتي .

شاركه الصغير ﴿ **أي فانه صار غنياً بالمال** ﴾ في ذلك والمطلق يقيد بالقياس ويلزمه نفقة الصغير ﴿ **ولو** ﴾ كان ابوه ﴿ **كافراً**[١] ﴾ بناء على تعلق الخطاب بالكفار والمصنف وغيره لا يثبتون في هذه القاعدة على حالة على عادة من لا يعرف الأصول كيف وقد ثبت[٢] انقطاع الأحكام فيما بين المسلم والكافر لما تقدم من حديث المؤمن والكافر لا تتراءى ناراهما وغيره وتخصيص ذلك بالحربي تخصيص بلا مخصص ﴿ **او** ﴾ كان الاب ﴿ **معسراً له كسب** ﴾ فان نفقة طفلهِ غنياً او فقيراً على ابيه وتخريج المؤيد لا تجب[١*] قلنا الكسب كاليسار بجامع التمكن من الانفاق واجيب بأن الكسب مشقة واليسر خلافها وانما وجبت للولد المعسر للضرورة وما وجب للضرورة وقف عندها ولا ضرورة على الطفل الغني ﴿ **ثم** ﴾ اذا لم يكن للصغير أب او كان معسراً لا كسب له كانت نفقة نفسه ﴿ **في ماله** ﴾ بلا خلاف وكذا نفقة ابيه المذكور كما سيأتي ان شاء الله تعالى ﴿ **ثم** ﴾ اذا لم يكن للصغير مال ايضاً كانت نفقته ﴿ **على الام قرضاً** ﴾ منها ﴿ **للأب** ﴾ فقط وقال المؤيد والمنصور والشافعي بل عليها لا قرضاً قلنا نفقة الولد كنفقة الزوجة بدليل لزومها وان كان له مال واجيب بالمنع مسنداً بما تقدم ﴿ **من ان نفقتها اجره ونفقة القريب مواساة** ﴾ قلنا لا ولاية لها قالوا لا تلازم بين الولاية ووجوب النفقة كنفقة القريب ﴿ **و** ﴾ نفقة الولد المسلم ﴿ **العاقل المعسر على ابويه حسب الارث** ﴾ الا ان فيه بحثاً[٣] وهو ان علة وجوب النفقة ان كانت هي الابوه فهما سواء فيها

---

(١) اراد الذمي لا الحربي فلا يجيب زهور

(٢) **قوله** وقد ثبت انقطاع الاحكام . . . الخ ، اقول : ما يريد المصنف الا انهم اذا ترافعوا الينا وجب الزامه بانفاق ولده كغيره من القضايا سوا كان الولد كافراً او مسلماً الا ان المصنف ذكر فيما اذا كان الولد مسلماً فيكون ذكره لبيان وجوب اجبار الحاكم له على انفاق ولده المسلم سوا ترافعوا ام لا لأنه حق عليه لمسلم كالدين وفيه انه قد قطع الشرع التوارث بينهما فلتكن مثله (ا .ح) النفقة إلاّ ان في قصة هند مأخذاً لوجوبه على الأب مطلقاً اتفقا في الملة ام لا لأنها ذكرت عقيب اسلامها ان زوجها في الماضي كان لا ينفق عليها كفايتها وأقرها صلى الله عليه وآله وسلم على شكيتها في الماضي وهما كافران فدل انه ترك واجباً عليه يستحق به الشكاية والتظلم .

(٣) **قوله** : الا ان فيه بحثاً ، اقول : اي بجعله حسب الارث لانتقاض علة ذلك على تقدير انها الأبوة او انها الارث وقوله فالحق . . . الخ ، عدول عن التعليلين الى ثالثة فخرج عن محل النزاع (ا .ح) فانه

(ا . ح) تحقق هذا فلم يظهر صحته .

(*) اي اذا كان الطفل غنياً فلا تجب النفقة على الاب المكتسب .

(ا .ح) لا يخفى ان الشارح جعل علة وجوب نفقة القريب اليسار فيكون بحسبه فاذا اختلف اختلفت وان اتحد اتحدت فتأمل .

ولهذا وجبت نفقة الاب على ابنه وبنته سواء كما سيأتي في صورة غالباً فلم تتبع الميراث وان كانت العلة هي الارث فالقياس ان تجب عليهما بقدر ارثهما لا غير كما في نفقة القريب فلا يبقى وجه لقوله ﴿ **الا اذا ولد موسر فعليه** ﴾ النفقة دون الابوين مع انهما وارثان فالحق ان علة وجوب النفقة هي وجود ما يواسا به القريب لتعليق الحكم به في قوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته) الاية وقوله تعالى (وعلى الموسع قدره) وعلى المقتر قدره فاذا لم يكن هناك شيء موجود يواسا منه فلا يجب تحصيله لأنه من تحصيل شرط الواجب ليجب ولا يجب ، وينتقل وجوب الانفاق عن الأبوين الى الولد ﴿ **ولو** ﴾ كان الولد ﴿ **صغيراً او كان الوالد كافراً** ﴾ لقوله تعالى (وصاحبهما في الدنيا معروفاً) ﴿ **و** ﴾ لكن ﴿ **لا يلزم** ﴾ الولد لأبيه ﴿ **ان يعفه** ﴾ بموطوة وقال الامام يحيى والشافعي عليه كالنفقة بجامع التضرر قلنا الانفاق لحفظ النفس والاعفاف لحفظ الدين وحفظ[1] النفس اهم من حفظ الدين فلا يقاس احدهما على الآخر في الوجود ولا لزم الوالد ان يعف ولده والاتفاق على عدم اللزوم.

واجيب[2] بان حق الوالد على الولد آكد من حق الولد على الوالد ﴿ **و** ﴾ كذا ﴿ **لا** ﴾ يلزم الابن البالغ ﴿ **التكسب** ﴾ لوالده ﴿ **الا للعاجز** ﴾ فيجبر على التكسب له من مكتسب يليق به بخلاف الوالد فلا يجبر على التكسب للولد الا انا عرفناك علة الانفاق فان التكسب من تحصيل شرط الواجب ليجب ولا يجب اتفاقاً ولو صح قياس التكسب على المال بجامع القدرة بهما على الانفاق لم يكن للفرق (*) وجه اما توهم ان عظم حق الوالد على الولد فارق فلا يكفي حتى يصح كونه سبباً شرعياً لوجوب التكسب ولا يدل على وجوب التكسب

= فانه فيمن هو موسر فأخرج البحث الى يسار احد المذكورين الا انه يبقا عليه سؤ ال فيما اذا كانوا كلهم موسرين لانه لم يخرج من هذا التعليل الا المعسر كما افاده قوله فاذا لم يكن هناك شيء موجود ولعله يقول اذا كانوا كذلك فحسب التوريث .

(١) قوله : وحفظ النفس اهم . . . الخ ، اقول : المعروف في الاصول عكس (ا ح) هذا ولهذا شرع الجهاد وذهاب الانفس تحت ظل السيوف .

(٢) قوله : واجيب . . . الخ ، اقول : هذا جواب عن الالزام فأين الجواب عن عدم صحة القياس مع ان الظاهر انه اختار كلام يحيى ولكنه بقي الدليل معتلا .

(*) اي بين وجوب التكسب على الولد لوالده العاجز ووجوب التكسب على الولد لوالده بجعل الاول واجباً بخلاف الثاني .

(ا ح) اي ان حفظ الدين اهم من حفظ النفس وما قاله الشارح قول لبعض الاصوليين ولعله يرجحه .

حديث انت ومالك لأبيك احمد وابو داود وابن خزيمة وابن الجارود من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ويشهد له حديث ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وولده من كسبه فكلوا من اموالهم احمد واصحاب السنن وابن حبان والحاكم من حديث عايشة اذ لا تصريح في الحديثين الا بالمال لا بالكسب ولأنهم قدموا الولد على الوالد في اخراج الفطرة عنه كما تقدم وذلك دليل تأكد حق الولد .

تنبيه اذا لم يتمكن الولد الا من انفاق احد ابويه المعسرين فقيل تقدم الاب لولايته وقيل الام والمذهب سواء . قال المصنف اذ لا مرجح وهو سرف في الغفلة لأن المرجح حديث ان رجلاً قال للنبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم من ابر قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال اباك » متفق عليه من حديث ابي هريرة بنحو هذا اللفظ وهذا اللفظ لأبي داود والترمذي والحاكم من حديث بهز بن حكيم عن ابيه عن جده معوية بن حيده واخرج البيهقي باسناد حسن من حديث المقدام بن معدي كرب سمعت رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم يقول «ان الله تعالى يوصيكم بامهاتكم ثم يوصيكم بآبائكم ثم بالأقرب فالأقرب » ولفظه ثم نصٌ في الترتيب واذا احتاج الأب الى الاستنفاق من مال ولده الصغير او العاقل الغايب فله ان يأخذ من النقد والطعام ﴿ **و** ﴾ لكن ﴿ **لا يبيع عنه عرضاً الا باذن الحاكم** ﴾ وقال المؤ يد بالله لا يحتاج الى حاكم في بيع مال ابنه الصغير لنفقة نفسه قال المصنف بل هو كالحاكم لا يحكم لنفسه وهو تهافت لأن احاديث الاذن للوالد بان يأكل من مال ولده مطلقة كما سمعت آنفاً لم تفرق بين عرض وغيره ، ولم تشترط[1] اذن الحاكم واما تقييدها بالقياس على الحاكم فساقط لأن الحاكم لم يرد نص بانه يحكم لنفسه كما ورد بان للأب ان يأخذ لنفسه ولو ورد في الحاكم مثل ذلك لصح حكمه لنفسه ﴿ **وعلى كل موسر نفقة** ﴾ اي ﴿ **معسر** ﴾ غير من تقدم من الولد والوالد قدر ميراثه منه لو مات حال الانفاق بقدر نفقة فقرا بلده ولا حاجة الى قوله ﴿ **على ملته** ﴾ لأن اشتراط ان ﴿ **يرثه** ﴾ لو مات حال الانفاق كاف عن اشتراط كونه على ملته لما عرفت من انه لا توارث بين اهل ملتين ، ولا بد من ان يرثه ايضاً ﴿ **بالنسب** ﴾ لا بالولاء ولا على[2] الزوجة للزوج وان ورثته وقال مالك لا نفقة الا للأبوين والولد دون ساير الأصول

(١) **قوله** : ولم يشترطوا اذن الحاكم ، اقول : بل يشترط رضا الولد بل اخبر انه له مع كراهة الولد لما يأخذه ابوه فانه ما قال انت ومالك لأبيك الا لمن شكى ان اباه يحتاج ماله او يريد ذلك والاجتياح اخذه برمته .

(٢) **قوله** : ولا على الزوجة للزوج . . . الخ ، اقول الزوجة وارثة داخلة في العموم وليس في الآية تقييده بوراثة النسب حتى يخرج وراثة الصهر قال ابن القيم ان مذهب ابن حزم ان المرأة تكلف الانفاق

والفصول وقال الشافعي للأصول والفصول[١] وقال أبو حنيفة ولأناث الأرحام المحارم دون ذكورهم لنا وعلى الوارث مثل ذلك والاشـارة الى ما وجـب على الأب للمرضعة من الرزق والكسوة ورد بالمنع بل[٢] الاشارة الى عدم المضارة ولو سلم فالمراد وارث

= على الزوج اذا كان عاجزاً عن نفقة نفسه ولا ترجع بشيء من ذلك عليه ان ايسر وقال برهانه وعلى الوارث مثل ذلك والزوجة وارثة قال بعد حكايته ويا عجباً لأبي محمد لو تأمل سياق الآية لتبـين له خلاف ما فهمه فانه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وهذا ضمير الزوجات بلا شك ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك اي على وارث المولود او وارث الولد من رزق الوالدات وكسوتهن مثل ما على المولود له فأين في الآية النفقة على غير الزوجات حتى يحمل عموماً على ما ذهب اليه انتهى .
قلت لفظ ابن حزم في المحلى وشرحه مسألة فان عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك ان ايسر قال في شرحه الزوجة وارثة فعليها نفقـة بنص القـرآن انتهى . **وقد كنت كتبت عليه قبل رؤ ية كلام ابن القيم ما لفظه لا يخفى ان الآية في نفقة المرضعة فصدرها والوالدات يرضعن اولادهن الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ثم قال وعلى الوارث اي وارث المولود له اذا لسياق فيه مثل ذلك اي رزق المرضعة وكسوتها بالمعروف فأي ذكر لنفقة الزوج المعسر فان أراد ان لفظ والوارث عام فلا يقصر على سببه فلا يخفى انه على تسليمه مختص بأفراد من ذكر وان معناه وعلى كل مولود له اذا السياق فيه مثل ذلك أي من الرزق والكسوة للمرضعة فأين دخول نفقة الزوج المعسر في عموم الآية فان الآية عامة لايجاب رزق كل مرضعة وكسوتها على كل مولود له فهي عامة لأفراد كل مولود له وكل وارث وكل مرضعة فابن حزم وأهل المذهب اعرضوا عن تحقيق الآية وسياقها فليتأمل الآية اذا احتملت وجوهاً كما قال بعض السلف ان القرآن حمال أو سبب النزول وتقدم التنبيه عليه ثم اخراج وارث الولا لا وجه له بعد التعميم وكأنه بناء على انه لا يدخل في العام النادر .**

(١) الا نباحاً سفلوا

(٢) **قوله** : بل الاشارة الى عدم المضارة ، اقول جـ هو قول في الآية مرجوح وان كان اقرب الى الاشارة لفظاً لكنه بعيد في المعنى وذلك لأن المضارة متفرعة على ايجاب الرزق والكسوة فانها محل المضارة فان اعيد الى نساءه اليها فهي على تقدير لزوم الرزق والكسوة فلم تخلص الآية لذلك عن الدليل للمذهب وكأنه لهذا قال وان سلم الاّ انه بعد التسليم يقال لفظ الوارث فيه احتمالان ان يراد به وارث المولود له في صدر الآية وهو المولود وهذا قاله قبيصة بن ذويب او يراد به وارث المولود وبه قال الجمهور من السلف واحمد واسحاق وابو ثور واهل المذهب وقال الشارح لا يصح لانه يلزم من تسمية الحي موروثاً اعني المولود وهو عجيب فان لفظ موروث لا وجود له اذا لوجود الوارث اسم فاعل وهو منسلخ عن الزمان مثل المؤمن والفاسق والمراد الذي من شأنه ان يرث المولود ان مات وهذا لا خلل فيه لغة من باب اعصر

الأب بعد موته ومطلوبكم وارث المنفق بالفتح ولا يصح ان يراد اذ لا يسمى موروثاً الا بعد موته وقد صار مستغنياً عن الحضانة فكيف يصح نسبة ايجابها الى القرآن الحكيم قلنا يريد وارث الأب قالوا لا وارث مع وجود الولد الا هو وامه ان لم تكن بانت فايجاب الحضانة على اخوته ايجاب لها على غير الوارث ثم ان حملتم الوارث على العموم وجب على كل واحد من الورثة اجرة

= خمراً وفي الوارث معنى ثالث هو انه اريد به الباقي من الابوين بعد الاخر وهو يروي عن سفيان وغيره وعليه حمل حديث واجعلها الوارث مني واذا عرفت هذى فلفظ الوارث مجمل ولا يحمل على معين الا بدليل ولم ينهض دليل لشيء من الاقوال عندي فينظر على انه لو كان ظاهراً في وارث المولود لما دل على انفاق كل موسر على كل معسر لأن الكلام في الآية في رزق الزوجات الوالدات وكسوتهن ، واعلم انه لا دليل على وجوب نفقة المعسر على موسر يرثه الا الآية وهي محل بحث **(ثم اعلم ان)** سياق الآية قاض بأن المراد بقوله وعلى الوارث أي وارث المولود له وانه ينتقل ما كان واجباً عليه من انفاق المرضعة وكسوتها الى وارثة الذي انتقل ماله إليه بارثه له فإن ذلك حق كان في مال المولود له فانتقل ماله الى وارثه فانتقل الحق الذي فيه اليه ومن جملة الوارث للمولود له الطفل المولود الذي لأجل ارضاعه وجب لمرضعته النفقة والكسوة فان انحصر وارث أبيه فيه تعين عليه ما وجب على ابيه وان شاركه غيره من اخوته ووالدته قسط ما أوجبه الله تعالى على الكل على حسب الارث هذا هو الذي دل عليه السياق ويناسب حكمه ايجاب الانفاق والآية يراد بها اذا مات المولود له ولفظ الوارث حقيقة لا مجازاً انتقل وجوب الانفاق للمرضعة الى وارثة فالالف واللام عوض عن الضمير أي وعلى وارثه مثل الذي عليه من الانفاق والكسوة وترك المضارة والاشارة الى ما وجب منها هذا الذي ينادي به سياق الآية والقول بان الالف واللام فيه للاستغراق فيشمل كل وارث وان الآية دالة على ايجاب نفقة كل معسر على كل موسر يرثه كما في الثمرات وبني عليه المذهب ففي غاية البعد كما لا يخفى فعرفت ان الآية لا تدل على ما ادعوه من انها تجب نفقة كل معسر على كل موسر يرثه فان قالوا نلحقه بالقياس على ايجاب نفقة المرضعة ، قلنا لا يصح لوجوه الاول ان الذي اوجب لها اجرة قال الله تعالى «فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن» ونفقة المعسر ليست بأجرة اتفاقاً ، الثاني ان هذه الاجرة واجبة على الموسر والمعسر كل على قدر ما اتاه الله تعالى ، الثالث ان هذه مقدرة بالنفقة والكسوة ونفقة المعسر غير مقدرة فلا يصح القياس كما لم تدل الآية على الكلية المدعاة وهي قوله كل موسر . . . الخ ، نعم قد أمر الله تعالى في القرآن بإيتاء ذي القربا حقه في آيتين في سورة سبحن وسورة الروم وجعلها في سبحن عقب التوصية ببر الوالدين ، والثالثة في سورة النساء قال«أعبدوا الله ولا تشركوا به شيا وبالولدين احساناً وبذي القربى» الآية واحاديث (١ . ح) ايجاب صلة الارحام واسعة وهم من ذوي القربى بل ورد في قطيعتهم من الوعيد ما

(١ .ح) قال في الام ههنا في المنحة في النسخة الاخرى كلام آخر يحقق .

حضانة[1] كاملة وقد قلتم ﴿ **فان تعدد الوارث** ﴾ للمنفق ﴿ **فحسب الارث** ﴾ اي يلزم كل واحد من النفقة بقدر ما ورث ثم حمل الوارث على وارث المحضون يدل على انه يجب على الأخ ونحوه اجرة حضانة اخيه ونفقته وان كان المحضون غنياً كما وجبت على ابيه عندكم ولا تقولون به في الاخ واما ابو حنيفة فدليله الرأي وهو استحسان ايجاب انفاق الاناث المحارم لعجزهن وخشية تكشفهن بالكسب كما يشهد له حديث لا تكلفوا الصغير الكسب فيسرق ولا المرأة غيرذات الصنعة وفي رواية ولا الامة فتكسب بفرجها البيهقي من حديث ابي هريرة الا ان فيه مسلم بن خالد ضعيف لكن له شاهد في الموطأ عن عثمان بهذا قال البيهقي ورفعه بعضهم ولا يصح مرفوعاً واما قوله ﴿ **غالباً** ﴾ فاحترز به عن نحو أبٍ معسر له ابن وبنت موسران فان النفقة تجب نصفين لا على حسب الارث ، قلت الا انه لا وجه للتخصيص الا ان يعلل وجوب النفقة بالايسار لكنه ينافيه ربط الحكم بوصف الوارث العنواني ومن ذلك ذهب المؤيد بالله الى ان النفقة بينهما حسب الارث ايضاً ﴿ **و** ﴾ يجب للمعسر المذكور على الموسر مع النفقة وتوابعها ﴿ **كسوته** ﴾ لما عرفت من ان الدليل هو القياس[1] على المرضعة وقد لزمت الكسوة لها بنص القرآن ﴿ **و** ﴾ اما ﴿ **سكناه وإخدامه للعجز** ﴾ فقياساً على النفقة والكسوة

= لم يأت مثله فهل عسيتم ان توليتم ان تفسدوا في الارض وتقطعوا أرحامكم اولئك الذين لعنهم الله فأصمهم وأعمى ابصارهم وهو وعيد على الافساد في الارض وقطيعة الرحم فالآيات على ان لذي قرابة الانسان حقاً عليه يجب ان يؤتيهم اياه والاضافة تحتمل انها عهدية وهو الحق الذي تعورف بين المخاطبين وهو مختلف فحق الفقير القريب انفاقه ان احتاج والقريب الغني البر به وحسن العشرة معه (١ . ح) واعانته وزيارته سوا في ذلك الانثى والذكر والغني والفقير سوا كان يرث احدهما الآخر اولا وأقل صلات ذي القربى رد السلام كما قال صلى الله عليه وآله وسلم بلوا ارحامكم ولو برد السلام ورتت البر نحو الصلة لا تنحصر في شيء معين .

(١) **قوله** : اجرة حضانة كاملة ، اقول : لهم ان يقولوا المراد على مجموع الورثة مثل ما وجب على المولد وان الاحكام قد تكون على افراد العام وعليه من حيث هو كما عرف في الاصول .

(٢) **قوله** : هو القياس على المرضعة ، اقول : بل هو العموم عندهم كما سلف ان مرادهم على كل وارث لكل موروث مثل ما على الوالد لولده فالحكم دليله النص لا القياس .

(١ . ح) اتى رجل رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فقال من ابر «قال امك واباك واختك واخاك ومولاك الذي يلي ذلك حقاً واجباً ورحماً موصولة» اخرجه ابو داود من حديث كليب بن منفعة عن جده انه اتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم . . . الخ وعن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده معوية بن حيدة قال قلت يا رسول الله من ابر « قال امك قال قلت ثم من قال امك قال قلت ثم من قال امك قال قلت ثم من قال اباك ثم الأقرب فالاقرب » رواه الترمذي وأبو داود والحاكم وعن المقدام بن معدي كرب سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول ان الله يوصيكم بأمهاتكم ثم يوصيكم بآبائكم ثم الأقرب فالأقرب أخرج البيهقي بإسناد حسن .

بجامع الحاجة ﴿ و ﴾ يجب ان ﴿ **يعوض** ﴾ له ﴿ **ماضاع** ﴾ عليه من كسوة او نفقة كانت عجلت له لأن وجوب نفقته مواساة للحاجة فالعلة بعد الضياع موجودة ﴿ **وتسقط** ﴾ نفقة ﴿ **الماضي بالمطل** ﴾ لكل من تجيب له نفقة غير الزوجة ولا يجب ايصالها الى مستحقها ككل حق لم يلزم بعقد وبهذا تعلم انه لا يجب لأم المحضون الا التخيير بين ان تترك الصبي يأكل مع ابيه حيناً فحيناً اذ لا يجب عليه التعجيل ولا قضاء ما فات وبين ان تقصده لنفقة ابنها كذلك لأنه لا يجب على الأب حفظ حقها من الحضانة بالزامه الايصال الذي لا يجب عليه كما يفعله فقهاء العصر من امر الام بالانفاق على الولد والرجوع به على الأب غير متمرد عن الانفاق حيناً فحيناً لأن النفقة لدفع الحاجة كما علمت وقد اندفعت الحاجة في الماضي والتعجيل غير مستحق وبارتفاع العلة يرتفع الوجوب عن المنفق ﴿ و ﴾ اذا قد عرفت ان انفاق القريب انما يجب على الموسر ومقدار اليسر مجهول فقد عرفه المصنف بان ﴿ **الموسر من يملك** ﴾ من غير ما استثناء للفقير ﴿ **الكفاية** ﴾ المعتادة ﴿ **له وللأخص به** ﴾ الزوجات والأولاد الصغار والأبوين العاجزين والخادم ، ولا بد ان يكون عنده قدر ما يكفيه ﴿ **الى** ﴾ وقت ﴿ **الدخل** ﴾ من غلة زراعة او نحوها من الحرف والمعلومات ولو قال من يملك فوق الكفاية لكان هو الصواب لأن مجرد الكفاية لا يوجب الانفاق على غير الاخص به لانه يستلزم الاخلال بحق الأخص به وانما ينفق الفضلة عن كفايته وقال الشافعي انما يشترط كفاية اليوم الذي هو فيه فيجب عليه انفاق ما فضل عن كفاية اليوم ، لنا ان من لا يملك ما يكفيه الى الدخل لا يسمى موسراً لغة ولا عرفاً ، قالوا لم يعلق وجوب الانفاق على اليسر بل قال الله تعالى (على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) وقال من قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله قلنا هي صدقة كما ثبت عند النسائي من حديث سلمان بن عامر مرفوعاً بلفظ الصدقة على المسكين صدقة وعلى الرحم اثنتان صدقة وصلة وقد قال صلّى الله عليه وآله وسلم خير الصدقة عن ظهر غنا وابدا بمن تعول متفق عليه من حديث حكيم بن حزام وهو عند النسائي ايضاً وعنده البخاري وابي داود من حديث ابي هريرة ولفظ ابي داود والنسائي خير الصدقة ما ترك غنا وفي الباب غيرهما واما عند ابي داود من حديث ابي هريرة وعنده والنسائي من حديث عبدالله بن حبشي انه قيل للنبي صلّى الله عليه وآله وسلّم يا رسول الله اي الصدقة افضل قال «جهد المقل وابدأ بمن تعول » فلا يدل على الوجوب[1]

---

(١) **قوله** : فلا يدل على الوجوب ، اقول : يقال وكذلك حديث خير الصدقة ما كان عن ظهر غنا لا يدل عليه ايضاً فالأظهر ان الحديثين معاً وما وردا الا في صدقة (ا ح) النقل لا الصدقة الواجبة التي نحن

(ا ح) يقال قوله وابدأ بمن تعول يدل انه اريد بها الواجبة فليتأمل . الا انه في الرواية الأخرى كذلك فينظر .

والنزاع فيه مع انه لا يعارض المتفق عليه(*١) وللمحافين هنا تقديرات للكفاية لا دليل عليها ﴿ و ﴾ اما ﴿ المعسر ﴾ فهو ﴿ من لا يملك قوت عشر غير ما استثنى ﴾(١) للفقير في كتاب الزكاة وقال المؤ يد من لا يملك ما يتقوت وفسره بالغداء والعشاء وقواه المصنف وزاد الامام يحيى والشافعي ولا يمكنه التكسب لعجز او ضعف رأي لنا القياس على نصاب الفطرة ، قالوا ذلك نصاب وجوب الاخراج لا نصاب وجوب الاستحقاق والنزاع فيه ﴿ و ﴾ مدعي الاعسار ﴿ البينة ﴾ بالاعسار ﴿ عليه ﴾ اذا انكره منفقه لكن عرفناك انها بينه على النفي ولا تصح فيبين الموسران لمدعى الاعسار ما لا يجب له معه النفقة والا صدق اذ لا يعرف اعساره الا من جهته ﴿ و ﴾ اما نفقة المماليك فانه يجب ﴿ على السيد ﴾ احد امرين اما ﴿ شبع رقه ﴾ لما ثبت عند الشافعي ومسلم من حديث ابي هريرة مرفوعاً للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل ما لا يطيق وفيه محمد بن عجلان قد لين فيه من جهة حفظه الا انه يشهد له حديث خولكم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس متفق عليه من حديث ابي ذر ، واما تقيده بوصف ﴿ الخادم ﴾ فمبني على ان نفقته في مقابلة الخدمة كالزوجة في مقابلة التمكين وليس كذلك فنفقته كنفقة البهيمة ان رضيها بعيبها انفقها والا باعها او سيبها ﴿ و ﴾ يجب له من الكسوة ﴿ ما يقيه الحر والبرد ﴾ من أي لباس واما ما في حديث ابي ذر فمحمول (*١) على الندب بدليل(٢) قوله تعالى

= بصددها فالأقرب قول الشافعي فيها لأنها انما تجب كل يوم على انفراده بل كل عونة فان كان له ما يفضل عن يومه كان شرط الواجب حاصلا في حقه واهل المذهب قد وافقوه فيما اذا كان الدخل في يوم او نحوه سيما وقد قوى المصنف ان المعسر من لا يجد غداه وعشاه كما يأتي وهما متقابلان نعم بقي ان الحديثين تعارضا لافادة حديث الشيخين ان افضل الصدقة ما كان عن غنا والاخر ان افضلها ما كان عن خلافة وقد جمع بينهما بان الاول اخبار عمن لا صبر له كامل ونفسه غير مطمئنة بما اخرجه والثاني عمن هو بخلاف ذلك فالأفضلية غير عامة للاشخاص بل ناظره الى احوال الافراد .

(١) من الكسوة والمنزل والاثاث والخادم والة الحرب من فرس أو غيره .

(٢) قوله : بدليل قوله تعالى . . . الخ ، اقول الآية مسوقة لبيان ان المماليك لا يشابهون ساداتهم في ملك التصرف فيما تحت ايدي السادات كما ان الاصنام التي جعلوها شركا لله لا تملك تصرفاً في ملكوت الله تعالى لا في انه لا يلبس العبد كملبوس سيده فلا يصلح دليلا على حمل حديث ابي ذر على الندب

(*) اذا ما اتفق عليه مقدم على غيره فلا تساوي فلا تعارض والله اعلم .

(*) يدل على حمل حديث ابي ذر على الندب ما اخرجه الشيخان وابو داود والترمذي وابن ماجة عن ابي هريرة مرفوعاً اذا اتا احدكم خادمه بطعامه وقد كفاه علاجه ودخانه فليجلس معه فان لم يجلسه معه فليناوله اكلة او اكلتين .

(هل لكم مما ملكت ايمانكم من شركاء فيما رزقناكم) فانتم سواء وهو استفهام استنكاري للتساوي ﴿ **او** ﴾ اذا لم يطعمه ويكسيه وجب عليه ﴿ **تخلية القادر** ﴾ من المماليك على الكسب ليكسب على نفسه وبهذا يظهر لك انه كالبهيمة اذا لم ينفق عليه وجب تسييبه وهو ملكه ﴿ **والا** ﴾ يكن المملوك قادراً على التكسب ولم ينفق عليه سيده ﴿ **كلف ازالة ملكه** ﴾ بعتق او بيع او نحوهما كما يأتي في البهيمة ﴿ **فان تمرد فالحاكم** ﴾[١*] يتولى عنه ذلك ﴿ **ولا يلزم** ﴾ السيد للعبد ﴿ **ان يعفه** ﴾ لما تقدم في الوالد والولد[١] وكالبهيمة[٢] ايضاً ﴿ **و** ﴾ اما نفقة غير من تقدم فانه ﴿ **يجب سد رمق محترم الدم** ﴾ ليخرج الكافر الحربي والضوار وما يجوز اكله فانها مباحة الدم اما وجوب اطعام المسلم فلحديث عقبة بن عامر عند الجماعة الا الموطأ والنسائي في الضيافة قلت يا رسول الله انك تبعثنا فننزل بقوم لايقرونا فماترى فقال ان امروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا وان لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذي ينبغي لهم وفي رواية الترمذي فان ابوا إلا أن تأخذوا منهم كرهاً فخذوه ، قال الترمذي روي مفسراً في بعض الحديث انهم كانوا لا يجدون من الطعام ما يشترون بالثمن وعند ابي داود من حديث ابي كريمة ان النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم قال ليلة الضيف حق على كل مسلم فمن اصبح بفنائه فهو عليه دين ان شاء اقتضى وان شاء ترك «وفي رواية فان اصبح الضيف محروماً فان نصره حق على كل مسلم حتى يأخذ بقرى ليلته من زرعه او ماله ، وهذا[٣] اكثر من وجوب سد

= وانما تصلح الآية رداً على من يقول ان العبد شريك لسيده في كل ما يملكه السيد وهذا لا يقوله احد والآية استفهام انكاري اي ان هذا الذي قاله المشركون لا يقبله عقل .

(١) **قوله** : في الوالد والولد ، اقول : في انه لا يجب على الوالد اعفاف ولده ، واما العكس فقد اختار الشارح مذهب يحيى والشافعي في انه يجب اعفافه .

(٢) **قوله** : وكالبهيمة ايضاً ، اقول : لا يخفي غرابة هذا وحذفه اولى من اثباته والدليل انه لم يرد الدليل الا في الكسوة والاطعام والاصل عدم الوجوب .

(٣) **قوله** : وهذا اكثر من وجوب سد الرمق اقول : تقدم له في التيميم انه لم يثبت وجوب سد رمق محترم الدم ووعد انه يأتي التحقيق في مسألة او تضيق وهي موسعة او في الضيافة فقد اتى به هنا على غير موعد وهو القول بوجوب ما ذكر بدليله واشار هنالك الى قوة كلام المؤيد في نية الرجوع وهنا قوى خلافه والذي ههنا هو الصواب .

(١*) قال المصنف وليس له ان يعتقه لانه تفويت منافع من دون استحقاق .

الرمق ﴿ **المؤيد بالله ولو** ﴾ اطعمه ﴿ **بنية الرجوع** ﴾ عليه او على ما له ثبت له الرجوع بناء على ان الوجوب انما يثبت عند عدم امكان غير حق الغير فاذا امكن القرض لم يجب على الغير كما تقدم في ابن السبيل الا ان ذلك لا يتمشى الا فيمن له مال يقضى منه ، واما من لا مال له فقد ثبت حقه على مطعمه بمجرد عدم التمكن فليس للمطعم ان يرجع بما وجب عليه على من وجب له والا لزم مثله في القريب على ان ظاهر الدليل ثبوت الوجوب وان تمكن من القضاء ولهذا نسب المصنف ذلك الى المؤيد ﴿ **و** ﴾ أما وجوب إطعام البهيمة فقالوا ﴿ **ذو البهيمة** ﴾[١*] المحترمة الدم يجب عليه ان ﴿ **يعلف او يبيع** ﴾ أي يخرجها عن ملكه بأي وجوه الاخراج ذكر الخاص واراد به العام ﴿ **او يسيب** ﴾ لحديث[١] ان امرأة دخلت النار في هرة فقالوا يا رسول الله ما بالها ، قال «حبستها لا هي اطعمتها ولا تركتها تأكل من خشاش[٢*] الأرض» ولا بد من كون التسييب ﴿ **في مرتع** ﴾ مباح يسد رمقها بالرعي فيه لا لوسيبها في ازقة المدن التي لا سداد رمق فيها فانه لا يكفي بل يلزمه انفاقها ﴿ **و** ﴾ تسييبها لترتعي لا يخرجها عن ملكه بل ﴿ **هي ملكه فان رغب عنها فحتى تؤخذ** ﴾ اي فهي باقية على ملكه حتى تؤخذ فتنتقل احكام الملك الى الآخذ لها ﴿ **وعلى الشريك** ﴾ في المنفق وكذا في غيره من نهر اوبيت ﴿ **حصته** ﴾ من الانفاق ﴿ **وحصة شريكه الغايب والمتمرد فيرجع** ﴾ بما انفق عليهما اذا نوى الرجوع خلافاً[٢] للمؤيد والفريقين الا بامر الحاكم ، قلنا له حفظ حق نفسه ولا يتم حفظه الا بالانفاق على حصة شريكه فشريكه بالشركة كالمكره له على الانفاق والاكراه امر وزيادة فلا يحتاج الى امر حاكم ﴿ **والا** ﴾ يكن غايباً ولا متمرداً ﴿ **فلا** ﴾ يرجع عليه لأنه غير مضطر الى الانفاق ﴿ **وكذلك مون كل عين** ﴾ مملوكة ﴿ **لغيره** ﴾ وهي ﴿ **في يده باذن الشرع** ﴾ كالعارية والمستأجرة والمرهونة والوديعة في أن على من هي في يده الانفاق عليها بما احتاج حفظها اليه اذا كان ربها غايباً او متمرداً وان له الرجوع بما انفق بخلاف ما اذا كانت في يده بغير اذن الشرع كالمغصوبة وقوله ﴿ **غالباً** ﴾ احتراز من اللقطة فانه لا يشترط في الانفاق عليها

(١) **قوله : لحديث ان امرأة . . . الخ ، اقول : كلام المصنف في البهيمة ولا يشمل الهرة لغة وكان الشارح يريد اذا وجب في الهرة وجب بالاولى في البهيمة .**

(٢) **قوله : خلافاً للمؤيد ، اقول : في الغيث ان المؤيد يقول كقول اهل المذهب لا كقول الفريقين وهو قياس ما مضى له ايضاً .**

(١*) في القاموس البهيمة كل ذات اربع قوايم وفي الماء او كل حي لا يميز جمعه بهايم .

(٢*) هوامها وحر شاتها . مختصر النهاية من الخا والشين المعجمات .

والرجوع بما انفق ان نواه غيبة المالك ولا تمرده لأن له عليها ولأية اصلية لا من جهـة المالك والاحتراز عنها وهم لأن جهل المالك غيبة وزيادة لأن المراد من الغيبة ليس ما يصح معه الحكم بل ما يتضرر معه المنفق وقد حذف هذا الاحتراز غير المصنف ، واما الاحتراز من المبيع قبل التسليم فمستثنى من اثبات الرجوع بمعنى ان البايع لا يرجع بما انفق عليه ، وان كان في يده باذن الشرع لأن عليه تسليمه على صفته حال العقد ولا سبيل الى ذلك الا بانفاقه ﴿ و ﴾ اما ﴿ **الضيافة** ﴾ فانما تجب ﴿ **على اهل الوبر** ﴾ لا على اهل المدر(*) هذا يروي حديثاً عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم لكن صرح النووي وغيره بانه حديث موضوع لا اصل له .

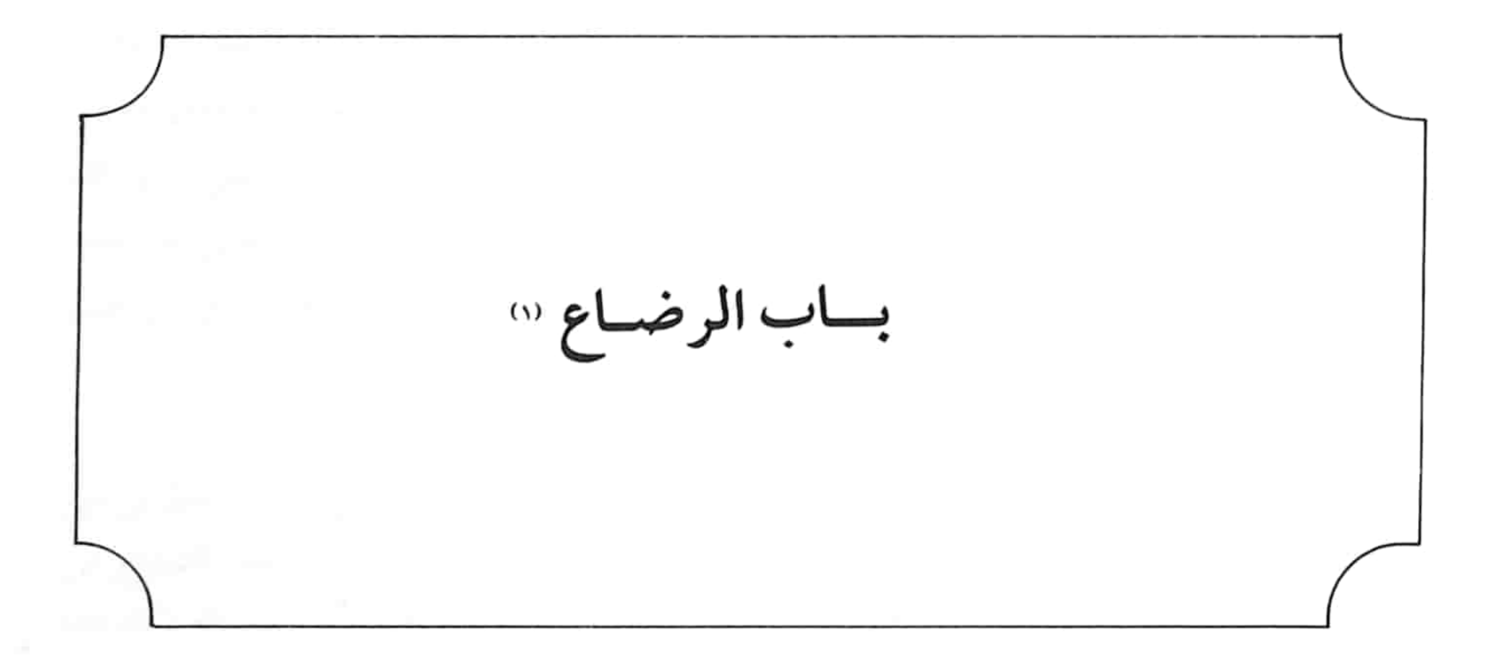
قلت وانما اصله ما تقدم من رواية الترمذي ان الضيافة انما وجبت لأنهم كانوا لا يجدون من الطعام ما يشترون بالثمن فتكون الضيافة من سد رمق محترم الدم وهذه العلة انما توجد في الوبر لا في المدر فلا يخلو عن وجود بايع للطعام في الأغلب والحق(١) بقاء احاديث الضيافة على ظاهرها .

---

(١) **قوله** : والحق بقا . . الخ اقول : وعلى وجوبها من دون تأويل اخرج الشيخان ومالك وابو داود والترمذي عن ابي شريح الهدوي قال سمعت اذناي وابصرت عيناي ووعاه قلبي حين تكلم « رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فقال من كان يؤ من بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه جايزته قالوا وما جايزته يا رسول الله قال يومه وليلته» والضيافة ثلاثة ايام فما كان وراء ذلك فهو صدقه عليه ففي الحديث دليل على الايجاب وتأكيد بالغ اذ جعل ذلك فرع صفة الايمان بالله واليوم الآخر ويفيد ان فعل خلافه فعل من لا يؤمـن بالله واليوم الآخر ومعلوم ان فروع الايمان مأمور بها ثم اتا بالأمر مؤ كداً له بلامه ولم يقل فيكرم ثم قال ضيفه اضافة اليه كما جُبلت عليه الطبايع من زيادة حق المتصل بالانسان فكان آثم من قوله الضيف ثم علق هذه الاحكام بالاكرام وهو اخص من الضيافة فهو دال على لزومها بالاولى ثم اخبر ان ما بعد الثلاث صدقه فدل على ان ما قبلها فرض قال الخطابي يريد انه يتكلف له في اليوم الاول ما اتسع له من بر والطاف ويقدم له في اليوم الثاني ما كان بحضرته ولا يزيد على عادته فما جاوز الثلاث فما كان بعد ذلك فهو صدقة ومعروف ان شاء فعل وان شاء ترك وقال ابن الاثير الجايزة العطية ان يقرىء ضيفه ثلاثة ايام ثم يعطيه ما يجوز به مسافة يوم وليلة واخرج ابو داود عن ابي كريمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ليلة الضيف حق على كل مسلم فمن اصبح بفنائه فهو عليه دين ان شاء اقتضى وان شاء ترك واخرج ايضاً عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال «رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الضيافة ثلاثة ايام وماسوى ذلك صدقة»وأخرج ايضاً من حديث ابي شريح العدوي من كان يؤ من بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفة جايزته ولا يحل له ان يثوي عنده حتى يحرجه قال ابو داود وسأل

(*) اهل المدر اهل القرى والامصار وأخذها مدره وهي البلدة واهل الوبر اهل الابل . مختصر نهاية .

= مالك عن قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم جايزته قال يومه وليلته قال يكرمه ويتحفه ويحفظه يومه وليلته والاحاديث في الباب واسعة وقد جمع بعض الشافعية اربعين حديثاً في ذلك وتأويلها بسد الرمق تحويل عن ظاهرها ودعوى النسخ لا دليل عليها واحاديث حرمة الأموال الا بطيبة نفس اربابها مخصوصة بهذه ونحوها وهذه فريضة هجرها اهل الحضر سيما المدن الكبار ونحوها الا اذا صح قول الترمذي انه روى مفسراً في بعض الاحاديث انهم كانوا لا يجدون من الطعام ما يشترون بالثمن فانه يفيد الايجاب بأهل البادية اذ الغالب ان لا يوجد عندهم الطعام بالشرا بخلاف أهل المدن فهو موجود له .



بـــاب الرضـــاع [١]

(١) قوله : **باب الرضاع** : بكسر الرا وفتحها والرضاعة كذلك ورضـع الصبـي بكسر الضـاد يرضـع بفتحها .



﴿ فصـل ﴾

﴿ **ومن وصل جوفه** ﴾ أي معدته فان الجوف اعم منها ﴿ **من فيه** ﴾ ولو بغير مص وقال داود وعطا الحكم انما يتعلق بمدلول الدليل ومدلول الرضاع الوارد في الخطاب انما هو المص قلنا مبني على نفي القياس وجعل خصوصية الأصل شرطاً وتحقيقه في الأصول وإذاً العلة إنبات اللحم وإنشاز العظم كما سيأتي دليله وذلك حاصل سوى دخل بمص أو شرب ﴿**أو**﴾ من ﴿ **انفـه** ﴾ أو اذنـه أو عينـه بشرط ان يكون ذلك ﴿ **في الحولـين** ﴾ خلافاً لعايشة وداود[١*][١] ولناوالوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين وهو بيان للمدة التي تثبـت فيهـا احكام الرضاع لا انه لا يجوز بعدها قالوا بل بيان لمقداران يتم الرضاعة ولأنه أثبت حكمه في رضاع سالم من سهلة بنت سهيل بأمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم كما ثبت عند الجماعة من حديث عايشة في قصة ، قلنا ثبت في الحديث المذكور ان ام سلمة وسائر ازواج النبي صلى الله عليه وآله وسلم أبين ذلك وقلن والله ما ندري لعلها رخصة لسالم من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دون الناس ، قالوا الاختصاص[٢] لا يثبت الا بدليل اذ الأصل عدم الفارق كما علم

---

(١) **قوله** : وداود اقول : وروى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه وعروة بن الزبير وعطا بن أبي رياح والليث بن سعد والمصنف لم يحكه الا عن عايشة والليث ولم أعرف من اين نقله الشارح عن داود فانه لم يذكره ابن القيم من القايلين بذلك مع توسعه في النقل في هذه المسألة واستيفائه لادلة هذا القول بما يطول بسطه هنا .

(٢) **قوله** : الاختصاص لا يثبت الا بدليل ، أقول : حديث سالم عن سالـم الاشـارة الى دليل على الخصوصية فعايشة أخذته حكماً عاماً وغيرها تصيدوا الخصوصية من غـيره قال ابـن القيم مما يبـين اختصاصه بسالم ان فيه ان سهله سألت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعد نزول آية الحجاب وهو يقضي بانه لا يحل للمرأة ان تبدي زينتها الا لمن ذكر في الآية وسمى فيها ولا يخص من عموم من عداهم أحد الا بدليل قالوا والمرأة اذا أرضعت اجنبياً فقد أبدت زينتها له ولا يجوز ذلك تمسكاً بعموم الآيةفعلمنا ان ابداء سهلةزينتها لسالم خاصةله قالوا او اذا أمر صلىالله عليه وآله وسلم وأجـد أمن الأمة بأمر وأباح له شيئاً أو نهاه عن شيء وليس في الشريعة ما يعارضه ثبت ذلك في حق غيره من الأمة ما

(١ *) في فتح الباري وفي نسبة ذلك لبلود نظر فان ابن حزم ذكر عن داود انه مع الجمهور وكذا نقل غيره من أهل الظاهر وهم أخبر بمذهب صاحبهم وانما الذي نصر مذهب عايشة وبالغ في ذلك هو أبن حزم ونقله عن علي وهو من رواية الحراث الاعور عنه ولذلك ضعفه ابن عبد البر .

في الأصول قلت ولما تقرر في الأصول من ان[١] العلة اذا عقلت صح القياس كما سيأتي في اللباس ان شاء الله تعالى من ترخيصه صلى الله عليه وآله وسلم في لبس الحرير لمن به حكة وسهلة انما رخص لها للحاجة الى الخلطة بسالم ولكن عايشة تجاوزت العلة فكانت تأمر اختها ام كلثوم وبنات اخيها[١*] ان يرضعن من احبت ان يدخل عليها من الرجال وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم فضل[٢] عايشة على سائر النساء كفضل البر على[٢*] سائر الطعام كما ثبت ذلك في المتفق عليه من حديثها وحديث أنس وحديث أبي موسى ، قلنا حديث لارضاع الا ما كان في

= لم ينص على تخصيصه وأما اذا أمر الناس بأمر أو نهاهم عن شيء ثم أمر واحداً من الامة بخلاف ما أمر به الناس أو أطلق ما نهاهم عنه فان ذلك يكون خاصة به وحده ولا يقول في هذا الموضع ان أمره للواحد للجميع لان ذلك يؤدي الى اسقاط الأمر الاول والنهي الأول بل نقول انه خاص بذلك الأول لتتفق النصوص وتأتلف ولا تعارض بعضها بعضاً فحرم الله في كتابه ان تبدي المرأة زينتها لغير محرم وأباح رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لسهلة ان تبدي زينتها لسالم وهو غير محرم عند إبداء الزينة مطلقاً فيكون ذلك رخصة خاصة لسالم مستثناه من عموم التحريم ولا نقول ان حكمها عام فيبطل حكم الآية المحرمة انتهى . وهو كلام صحيح على قاعدة واضحة وأشار اليه المنار وارتضاه .

(١) **قوله** : من ان العلة اذا عقلت صح القياس ، أقول : الشارح من نفاة القياس كما أوضحه في شرح ابياته المسمى بفيض الشعاع في شرح أول بيت منها حيث قال :

.. العلم علم محمد وصحابه ... يا هائماً بقياسه وكتابه ...

وهنا جعل العلة الحاجة فيلحق بسالم كل من يحتاج الى مخالطته وهذا المذهب ذكره ابن القيم لشيخه ابن تيمية فقال ان حديث سهلة ليس بمنسوخ ولا مخصوص ولا عام في حق كل احد وانما هو رخصة للحاجة لمن لا يستغنى عن دخوله على المرأة وقال ان قواعد الشرع تشهد له كالمرتضي لما قاله شيخه ولا يخفى ان الخصوصية أظهر لدليلها الذي ساقه .

(٢) **قوله** : فضل عايشة ... الخ ، أقول : لا كلام ان عايشة من أمهات المؤمنين ومن أفقة نساء الأمة ولكنه يجوز عليها الخطأ في الاجتهاد سيما على رأي الشارح فانه يجيزه على المعصومين من الرسل وأما عايشة فليست بمعصومة ولا ضير في خطأها فان لها أجراً فيه لحديث من اجتهد فأخطأ فله أجر .

(١*) ارضاع بنات أخيها يصيرها عمة لمن تريده يدخل عليها وهو أثبات لكون اللبن للفحل وهو خلاف ما قرره لها فيما يأتي من خط مؤلف المنحة رحمه الله تعالى . هذا وهم فتأمله .

(٢*) الذي في الحديث كفضل الثريد على ساير الطعام .

الحولين الدارقطني من حديث ابن عباس ، قالوا تفرد برفعه الهيثم[*١] بن جميل وكان يغلط وانما رواه سعيد بن منصور وغيره موقوفاً ، قلنا حديث لارضاع الا ما أنبت اللحم وانشز العظم اخرجه أبو داود من حديث ابن مسعود وعظم الكبير لا ينشز ولحمه لا ينبت ، وأجيب فيمن لم يبلغ ارذل العمر ولو سلم ففيه أبو موسى الهلالي عن أبيه قال أبو حاتم مجهولان وشاهده عند البيهقي من حديث ابي عطية موقوف والوقف علة للرفع كما علم قلنا حديث فاطمة بنت المنذر عن أم سلمة مرفوعاً لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الا معاً وكان قبل الفطام اخرجه الترمذي وهو بيان للمجاعة الذي في حديث عايشة عند الجماعة الا الموطأ والترمذي دخل عليٍّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقال يا عايشة من هذا فقلت أخي من الرضاعة فقال يا عايشة انظرن من اخوانكن فانما الرضاعة من المجاعة ، قالوا مهجور[١] الظاهر عندكم حيث لا تشترطون الجوع الموجب لالتصاق الأمعاء ولأنها لو لم تعلم تأخر حديثها في شأن سهلة وسالم وانه ناسخ لما[٢] عملت بالمنسوخ فيكون عملها قرينة

(١) **قوله** : قالوا مهجور ، ، الخ ، أقول : فسر أبو عبيدة وغيره من الأيمة الرضاعة من المجاعة بان المراد ان الذي اذا جاع كان طعامه الذي يشبعه اللبن انما هو الصبي الرضيع فأما الذي يشبعه من جوعه الطعام فان رضاعه ليس برضاع ومعنى الحديث انما الرضاع في الحولين قبل الفطام وبهذا تعرف معنى المجاعة لا ما قاله الشارح وانه لا هجر لظاهر الحديث على انه لو سلم مشترك الالزام بان يقال وانتم لا تشترطون في رضاع الكبير فانكم لا تشترطون الجوع الموجب لالتصاق الأمعاء في رضاع الكبير وانه لو أرتضع وهو شبعان لم يكن لرضاعة حكم .

(٢) **قوله** : لما عملت بالمنسوخ ، أقول : هذا اشارة الى أن حديث سهلة ناسخ لاحاديث الحولين ويقال عليه لو كانت عايشة تعلم النسخ لاستدلت به فقد ابتليت بالمسألة وناظرت فيها صواحباتها ولم تفه بكلمة ان حديث سهلة ناسخ لاحاديث الحولين على انه قد قلب أهل الحولين هذه الدعوا وقالوا حديث سهلة منسوخ فانه كان أول الهجرة لان قصته عقيب نزول قوله تعالى «أدعوهم لابائهم» وهي نزلت اول الهجرة ، وأما حديث اشتراط الصغر وان يكون في الثدي قبل الفطام فهي رواية ابن عباس وأبي هريرة وأبن عباس انما قدم المدينة قبل الفتح وأبو هريرة انما أسلم عام فتح خيبر فلا شك ان كلاهما قدم المدينة بعد قصة سالم في رضاعه من أمرأة أبي حذيفة والحق ان دعوى النسخ في الطرفين غير تامة بل الجواب ما سلف من الخصوصية فهي أوضح من هذه التكلفات التي جنح الشارح اليها ليتم اختياره مذهب عايشة الا ان ههنا اشكالاً لم يتنبه له أحد هو أن سهلة هي التي أرضعت سالماً لحاجتها ولانه

(١ *) قال الدار قطني ثقة حافظ وفي التقريب ثقة من أصحاب الحديث ترك فتغير .

تأخر حديث سالم وسهلة ، ثم ﴿ لبن ﴾ اسم جنس يشمل الكثير والقليل وان كان قطرة[١] فما دون وقالت عايشة[٢] وابن الزبير وسعيد بن جبير وطاووس والشافعي واحمد واسحاق لا يحرم الا خمس رضعات يأخذ الصبي الثدي لجوعه ويتركه لشبعه وقال زيد وابو ثور وداود وابن المنذر ثلاث رضعات لنا اطلاق وامهاتكم اللاتي ارضعنكم لصدقه على القليل والكثير قالوا مقيد بقول عايشة كان فيما انزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات وتوفي رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن الجماعة الا البخاري ، قلنا لو كان قرآناً لتواتر وحفظ لقوله تعالى « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » ، وأجيب بمنع[٣] وجوب التواتر واما الحفظ فانما تستلزم الآية وجوب حفظ الحكم وهو محفوظ لا حفظ التلاوة لما علم[٤] في الأصول من جواز نسخ أحد هما دون الآخر على ان

= صلى الله عليه وآله وسلم قال لها أرضعيه وهذا الذي فعلته عايشة رضي الله عنها صورة أخرى وهي انها تأمر من يرضعه من الاجنبيات ليحل لها رؤ يته فالمرضعة هنا أجنبية أرضعته لا لحاجة لها بل لحاجة لغيرها فبأي وجه وأي دليل حل للمرضعة الاجنبية ان تري الاجنبي زينتها لا لحاجة لها فيقوى انه لا يحل لذلك الا اذا كانت المرضعة هي المحتاجة لمن يراها ولكنه خاص بسهلة بنت سهيل وسالم مولى أبي حذيفة والله أعلم .

(١) قوله : وان كان قطره . . . الخ ، أقول : قال ابن القيم انه مذهب طايفة من السلف والخلف يروي عن علي وأبن عباس وهو قول ابن المسيب والزهري وقتادة والحكم وحماد والاوزاعي والثوري وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وزعم الليث بن سعد ان المسلمين اجمعوا ان قليل اللبن وكثيرة يحرم في المهد ما يفطر الصايم وهذه احدى الروايتين عن أحمد .

(٢) قوله : وقالت عايشة ، أقول : عن عايشة ثلاث روايات الثانية انها لا تحرم أقل من سبع والثالثةلا تحرم أقل من عشر .

(٣) قوله : بمنع وجوب التواتر ، أقول : قدمنا لك في الصلاة في القراءة الشاذة ان القول بالتواتر قول الجماهير ومن المحققين من لا يشترطه وبيانه الاصول .

(٤) قوله : لما علم في الاصول ، أقول : هذا يدل ان المراد حفظ الحكم والتلاوة او احدهما ولا يخفى ان المتبادر من الذكر الذي أخبر الله تعالى بانه محفوظ هو ما لم ينسخ وأما ما نسخ فليس من الذكر المحفوظ فاذا نسخت تلاوته بطل اتصافه بالقرآنية واما بقا حكمه فلكونه رواية صحابي عنه صلى الله عليه وآله وسلم فهو سنة وغايته ان الصحابي وصفه بالقرآنية فتضمن انه من الصادر عن لسانه صلى الله عليه وآله وسلم واذا فات شرط القرآنية بقي كونه من كلامه صلى الله عليه وآله وسلم كما أشار اليه الشارح آخراً

رواية[1] معن عن مالك عند الترمذي بلفظ فما ت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم والأمر على ذلك ومدار الحديث على مالك ومعن بن عيسى أثبت اصحاب مالك المقدم فيهم كما قاله ابو حاتم على ان الخطأ في وصفه بالقرآنية لا يستلزم الخطأ في صدور أصله عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم الذي هو القدر المشترك بين الكتاب والسنة كما حققناه في الأصول قلنا مفهوم خمس رضعات في جانب النقصان اي لا دونها وقد ثبت من حديثها ايضاً عند الجماعة الا البخاري والموطأ ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لا تحرم المصة ولا المصتان ومفهومه في جانب الزيادة وهو تحريم الثلاث كما هو حجة من قال بتحريم الثلاث فيتنافا المفهومان فيسقطان ويبقى الاطلاق ، وأجيب بمنع التنافي لأن مفهوم العدد ، اقوى من مفهوم اللقب عند المحققين ولا يعتبر عندهم فإذا نفي التحريم عن المصة والمصتين لا يدل على تحريم ما فوقها وانما يدل منطوق الخمس على ايجابها[2] التحريم ، ولا بد من كون اللبن من ﴿ **آدمية** ﴾ لا لو رضع صبيان من بهيمة مثلاً فانهما لا يصيران اخوين ولا بد من ان تكون الآدمية أيضاً ﴿ **دخلت في السنة العاشرة**﴾ من مولدها بناء على التقييد بالعادة كما علم في الأصول ﴿**ولو**﴾ كانت ﴿**ميتة أو بكراً**﴾ أي لم تلد ﴿**أو متغيراً**﴾ بحمرة أو نتن أو نحوهما لعدم الدليل على اشتراط الحياة ولا كون اللبن عن ولادة ولا كونه صحيحاً الا ان يذهب عنه اسم اللبن كما

= وبه يتم الحجية وحاصله ان ما روي احاداً على انه قرآن فله حكمان القرآنية ووجوب العمل به فاذا انتفا عنه صفة القرآنية التي من لازمها صحة الصلاة به وتحريمه على الجنب لم يلزم انتفا وجوب العمل على انه قد يمنع على رأي الجمهور انه لا بد من التواتر لما نسخ لفظه لان ذلك شرط لما لم ينسخ لفظه وقد عمل الأيمة بقراءة وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت من أم لكل واحد منهما السدس بزيادة من أم واجمعوا عليه ولا مستند لهم الا هذه الاحادية وعمل الاكثر بقراءة متتابعات في صيام الكفارة .

(١) **قوله** : على ان رواية أقول : ما يظهر وجه هذه العلاوة فانه قد تضمنها ما سلف فان فيه وتوفى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهي مما يقرأ .

(٢) **قوله** : **على ايجابها التحريم** ، أقول : لا شك في قوة هذا وان أدلة الجمهور لا تقاومه فانهم قالوا انه تعالى على التحريم بأسم الرضاعة فحيث وجد اسمها وجد حكمها وقال صلى الله عليه وآله وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فوافق اطلاق القرآن وما يأتي من حديث التي زعمت انها أرضعت ام يحيى بنت أبي أهاب ولم يسألها صلى الله عليه وآله وسلم عن عدد الرضعات ، قالوا ولان انتشار العظم وإنبات اللحم يحصل من القليل والكثير وجواب هذا كله انه صلى الله عليه وآله وسلم قيد الاطلاق وبين ان المراد غير المطلق كما قيد صيام الكفارة بالتتابع وغيره .

تقدم في الماء واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو صار جبناً اذ لا ينطلق عليه اسم الرضاع حينئذ كما لو اكل من لحمها او شرب من دمها خلافاً للمؤ يد بالله لما قدمنا من ان الحكم يتعلق بالمسمى لا بالاسم الا ان كون اكل الجبن مسمى الرضاع مما لا يسلم له ، واللبن يحرم سواء كان لبن المرأة وحده ﴿ **أو مع جنسه** ﴾ أي مختلطاً بلبن امرأة أخرى فيصير المرأتان أُمينَّ ﴿ **مطلقاً** ﴾ أي سواء تساوى لبنهما ام كان لبن احداهما اكثر من لبن الأخرى اذا كان المكثور بحيث يصل الجوف لو انفرد ﴿ **او** ﴾ كان لبن المرأة ﴿ **مع غيره** ﴾ أي غير جنسه كلبن بهيمة (والماء) - ﴿**و**﴾ لكن انما يثبت له التحريم اذا كان ﴿**هو الغالب**﴾ وقال الشافعي بل والمغلوب ايضاً اذا كان بحيث لو انفرد لحصل به نصاب التحريم عنده وهو[1] لازم ايضاً على أصل المذهب اذ العبرة بوصول الجوف وكون الغلبة شرطاً أو مانعاً حكم شرعي يفتقر الى دليل شرعي ولا دليل واما توهم ان المغلوب بالما مثلاً لا يسمى لبناً فالحكم لم ينط باسم اللبن وانما نيط بالرضاع فيلزم ان لا يكون الشرب له محرماً لأنه ليس برضاع وان أريد بالرضاع ما يرضع فالمغلوب مما يرضع فلا وجه للفرق ﴿ **أو التبس دخول** ﴾ المرأة في السنة ﴿ **العاشرة** ﴾ حين وقع الرضاع بشرط ان يكون وقت اللبس في العاشرة فانه يحكم للرضاع بأقرب وقت اما لو التبس حال الرضاع هل دخلت العاشرة ام لا فالأصل البراءة عن دخولها ﴿**لا**﴾ لو التبس حال رضاع الصبي ﴿ **هل** ﴾ هو باق ﴿ **في الحولين** ﴾ ام قد تجاوزها فان الرضاع في هذه الحالة لا يقتضي التحريم لأن السبب انما يؤثر عند تحقق الشرط ومع اللبس في دخول العاشرة وبقاء الحولين لم يتحقق الشرط وهو جزء من المقتضى عند الفحول ، فمتى صح رضاع المرضعة على الشروط المذكورة ﴿ **ثبت حكم البنوة لها و** ﴾ اما ثبوت البُنوة ﴿ **لذي اللبن** ﴾ أي زوجها الذي نشا اللبن من حملها له ﴿ **ان كان** ﴾ اللبن من وطئه الا اختصت بالبنوة فخالف في ذلك ابن عمر وابن الزبير وعايشة والنخعي وجابر بن زيد وسليمان بن يسار وأبو سلمة بن عبد الرحمن ورافع بن خديج وربيعة وحماد وداود لنا حديث عائشة رضي الله عنها عند الجماعة كلهم قالت استأذن علي افلح اخو ابي القعيس بعدما انزل الحجاب فقلت والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاستأذنته فقال إئذني له فانه عمك فقلت ان الرجل ليس

---

(١) قوله : وهو لازم ايضاً على أصل المذهب ، أقول : هو لازم والمصنف ما أستدل الا بقوله لنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الرضاع ما أنبت اللحم والمغلوب والمساوي لا يحصل به انبات اللحم والتغذية لذهاب قوة ما فيه قلت لا يخفى ضعفه فان التغذية حاصلة بما دخل البدن منفرد أو مصحوباً بغيره وبها ينبت اللحم .

هو أرضعني انما أرضعتني امرأته فقال إئذني له فانه عمك تربت[١] يداك ، قالوا في رواية لمسلم استأذن علي عمي ابو الجعد قال هشام بن عروة انما هو أبو القعيس وانما سمته عمها مجازاً على ما هو المتعارف من تسمية زوج الأم عماً وأمرها بالاذن له انما كان لأنها ربيبته من الرضاعة قلنا رواية فيها شذوذ لمخالفتها ما عند الأكثر ووهم أيضاً في تسمية أبي القعيس أبا الجعد قالوا اخرج الشافعي عن زينب بنت أبي سلمة انها قالت كان الزبير يدخل علي وانا امتشط فيقول اقبلي علي فحدثيني أرى أنه أبي وان ولده اخوتي لأن امرأته اسما بنت أبي بكر أرضعتني فلما كان بعد الحرة أرسل إلي عبدالله بن الزبير يخطب ابنتي ام كلثوم على اخيه حمزة بن الزبير وكان للكلبية فقلت وهل تحل له فقال انه ليس لك بأخٍ إنما اخوتك من ولدت اسما دون من ولد الزبير من غيرها قالت فأرسلت فسألت والصحابة متوافرون وأمهات المؤمنين فقالوا ان الرضاع لا يحرم شيئاً من قبل الرجل فأنكحتها إياه قلنا اجتهاد لمن افتى به ولا يعارض النص، قالوا النص[٢] لا عموم فيه فهو[١*] قضيةعين كما تقولون في رضاع سالم من سهلةولولا ذلك لما قالت عايشةبخلافه، قلنا عمل الراوي بخلاف ما روي لا يعارض المروي، قالوا الحكم[٣] عنده

---

(١) **قوله** : تربت يداك ، أقول : حكى ابن العربي في العارضة أقوالاً احدها أستغنيت وضعف بان المعروف ترب اذا أفتقروا وترب اذا أستغنى ثانيها ضعف عقلك أي لقولك هذا ولم يقصد الدعا عليه ، ثالثها تربت من العلم في هذه المسألة رابعها تربت ان لم تفعل وقال انه أصحها .

(٢) **قوله** : قالوا النص لا عموم له ، أقول : قد سبق البحث معه ـ في كتاب النكاح ـ وبيان ان الحق تحريم لبن الفحل بما لا زيادة عليه .

(٣) **قوله** : الحكم عنده قطعي ، أقول : هو قطعي الصدور عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وليس بقطعي الدلالة والاجتهاد يتعلق بالدلالات فلا تنافي بين قطعية انه من كلامه صلى الله عليه وآله وسلم وظنية دلالته والاجتهاد في الاخير فهذا التهويل باطل وقد قدم مثله وهذا تحقيق الرد عليه في امثال هذا فانه كثيراً ما خالف الصحابي ما يرويه وكم لأبن عباس بحر الأمة من ذلك ولم يأت أحد قبل الشارح بهذا (١ . ح) الالزام الشنيع .

(١ *) **قلنا انما يكون قضية عين لا عموم فيها اذا لم تقترن بلفظ يفيد العموم وهنا قد ثبتت الفاظ يفيده ذكرها صاحب جامع الاصول منها انه عمك فليلج عليك فتعليل الولوج بانه عمها علة مطرده منصوص عليها كقولنا يحرم الخمر لاسكاره والتعليل بأن شايع وفي رواية قال تعني أفلح أتحتجبين مني وأنا عمك فقلت وكيف ذلك فقال ارضعتك امرأة أخي بلبن أخي الحديث وفيه فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم صدق أفلح الحديث وكلام أفلح الذي حكى فيما ذكرنا حيث جعل اللبن لأخيه وجعله علة للعمومة من خط سيدي الوالد عبد القادر بن أحمد عافاه الله ونظره .

(١ . ح) قد أشار أبن دقيق العيد رحمه الله في شرح العمدة الى نحو هذا الالزام وجوابه فقال في شرح حديث خيار المجلس في أول كتاب البيع في رد الحنفية له ان الراوي اذا خالف فأما ان يكوم مع علمه بالصحة فيكون فاسقاً فلا تقبل روايته واجيب بانه ممنوع لجواز ان يعلم بالصحة ويخالف لمعارض راجح عنده ولا يلزم تقليده فيه . انتهى المراد نقله .

قطعيٌّ لأنه علمه مشافهة والحكم عليه بمخالفة القطعي لا لعلمه بناسخ أو نحوه حكم عليه بالفسق لا كمخالفة الظني بالاجتهاد فانه لا يحكم عليه بالفسق[١*] ﴿و﴾ المرضعة ﴿ انما يشاركها ﴾ في البنوة من ازواجها ﴿ من ﴾ رضع منها الصبي وقد صارت في عقدته وقد ﴿ علقت منه ولحقه ﴾[٢*] نسب الولد أيضاً لا نحو الولد الحاصل عن وطء بشبهة لا يلحقه بالواطىء الا ان هذا ينبني على ان لا حكم لما في نفس الأمر حتى انه يجوز نكاح الرجل لابنته من الزنا وقد أبا ذلك بعض اصحابنا كما تقدم في النكاح ، ولا يزال الرجل الموصوف مشاركاً لزوجته في حكم الرضاع من اللبن ﴿ حتى ينقطع ﴾ اللبن ﴿ أو تضع من ﴾ نكاح زوج ﴿ غيره ﴾ ، للثاني ﴿ ويشترك الثلاثة ﴾ الذين هم الزوج الأول والثاني والمرأة في اللبن ﴿ من العلوق الثاني[١*] الى الوضع ﴾ وقال الباقر والصادق والناصر الى ظهر الحمل ، وقال أبو حنيفة للأول الى الوضع والحق انقطاع حق الأول بانقضاء العدة منه له لأن كون اللبن هو السبب مفتقر الى دليل على سببيته وانما السبب هو الزوجية لقول عايشة انما ارضعتني زوجته لاسيما واثبات حق للرجل في اللبن وارد[١] على خلاف القياس حتى منعه الجماهير من الصحابة والتابعين ﴿و﴾ تثبت البنوة ﴿ للرجل فقط ﴾ أي دون المرأة ﴿ بلبن من زوجتيه لا يصل ﴾ جوف الرضيع ﴿ الا مجتمعاً ﴾[٢*] الا ان كون وصول لبن الواحدة وحده شرطاً في سببيته للبنوة بعد الاعتراف بأن القليل له حظ في التغذية ولو دون القطرة مما يفتقر الى دليل ﴿و﴾ الرضاع ﴿ يحرم به ﴾ على الرجل وعلى المرأة ﴿ من صيره ﴾ الرضاع ﴿ محرماً ﴾ لأحدهما وهذا اعادة وتكرير لما تقدم في النكاح فلا حاجة بنا الى شرحه بعد ما تقدم ﴿ومن انفسخ نكاح﴾ امرأة ﴿ غير مدخولة بفعله ﴾ ارضاعاً

---

(١) **قوله** : وازد على خلاف القياس ، أقول : لا أدري أي قياس أو أصل مقرر بانه لا حق للرجل في لبن زوجتيه فان اللبن ثار بوطء الزوج وسبب نكاحه كما ثار عن المرأة بسبب حملها ووضعها وأما قوله فالجماهير فتهويل والا فالجماهير على اثبات التحريم بلبن البعل كما تقدم .

(١ *) قد اختار الشارح ان اللبن لا حق فيه للرجل فلا تحريم من قبله واختار جواز رضاع الكبير كما ذهبت اليه عايشة لكنها اجازت ان يدخل عليها من أرضعته بنات اخيها وهذا اثبات للتحريم بلبن الفحل فاختلفت الروايتان عن عايشة وتناقضت والشارح تبعها فتناقض كلامه . من خط مؤلف المنحة رحمه الله تعالى .

(٢ *) احتراز من ان تعلق منه في نفس الأمر ولا يلحقه في ظاهر الشرع كالولد المنفى باللعان وولد الأمة اذ الم يدعه على ما تقدم .

(١ *) فمن ارتضع منها من حين العلوق للثاني الى الوضع كان ولداً للثلاثة .

(٢ *) بحيث لو انفصل كل من اللبنين لم يصل الجوف وحده .

موجباً للفسخ وكان الفاعل ﴿ **مختاراً** ﴾ للارضاع ﴿ **رجع** ﴾ الزوج ﴿ **بما لزم من المهر عليه** ﴾ قالوا فلو دبت زوجته التي في الحولين على زوجته التي لم يدخل بها فرضعت منها وهي نايمة فانه يرجع بنصف مهر الكبيرة على الصغيرة لأن الرضاع صير الكبيرة أمًّا لزوجته والفرض انها غير مدخولة لم تستوفِ ما في مقابلة المهر بخلافه ما لو كانت مدخولة فقد استوفاه فلا مضمون ، واما نكاح الصغرى فلا ينفسخ لأنها وان صارت بنتاً لزوجته فبنت الزوجة انما تحرم بالدخول على أمها والفرض انلادخول بهاومن اشترط في تحريم الأم الدخول بالبنت لم ينفسخ نكاح واحدة منهما الا ان ايجاب الضمان على الرضيع ينافي ما تقدم في صورة غالباً من باب الحضانة من قولهم ان الأم لو وضعت بين يدي الرضيع شراباً قاتلاً فتناوله فشربه فمات كانت ديته على عاقلتها وعللوه هنالك بأن مباشرته كلا مباشرة والا لما كان على المسبب ضمان مع وجود المباشر فاذا كانت مباشرة الرضيع كلاً مباشرة فلا وجه لتضمينها نصف مهر امها واما قوله ﴿ **الا** ﴾ اذا فعل الارضاع من كان ﴿ **جاهلاً** ﴾ لانفساخ النكاح به وكان ﴿ **محسناً** ﴾ بالارضاع ايضاً لأنه خشي تلف الطفل ان لم ترضعه فكلام خارج عن قانون العلم لأن الجهل لاتلاف حق الغير لا يسقط ضمانة وكذا قصد الاحسان لا يسوغ التصرف في مال الغير الا لسد رمق نفس المتصرف لا لسد رمق غيره .

﴿ فصل ﴾

والرضاع ﴿ **انما يثبت حكمه** ﴾ على الزوج ﴿ **باقراره** ﴾ للزوجة به ﴿ **أو بينتها** ﴾ عليه برجل وامرأتين غير المرضعة لأنها تشهد لامضاء فعلها ولا تقبل شهادة من شهد كذلك كما سيأتي في الشهادات ان شاء الله تعالى وقال الشافعي تقبل شهادة النساء منفردات عن رجل ، **قلنا ان كان المرادوجوب العمل شهادتهن منفردات فلا دليل وان كان المرادأولوية** اجتناب الشبهة فمسلم لحديث عقبة بن الحرث عند البخاري والترمذي والنسائي انه تزوج بنتاً لأبي أهاب بن عزيز فاتته امرأة فقالت اني قد أرضعت عقبة والتي تزوج بها فقال عقبة ما أعلم انك أرضعتني فركب الى رسول الله صلى الله وآله وسلم فذكر له الخبر فقال « له النبي صلى الله عليه وآله وسلم كيف وقد قيل ففارقها عقبة ونكحت زوجاً غيره » قالوا في رواية انه قال له دعها عنك وفي اخرى فنهاه عنها ، قلنا الأمر والنهي محمولان على الندب والكراهة لأن الخبر مخالفٌ للأصول فيجب الجمع بينه وبينها بذلك الا ان قول المصنف ﴿ **ويجب العمل**[1] **بالظن**

(١) قوله : ويجب العمل بالظن ، أقول : لا دليل ان عقبة بن الحارث حصل له ظن بخبر من أخبرته برضاع زوجته بل يؤخذ من الحديث استحباب الفراق بل وجوبه لنص قوله صلى الله عليه وآله وسلم

الغالب في النكاح تحريماً ﴾ يأبا هذا الجمع ويستلزم ثبوت حكم الرضاع بخبر امرأة واحدة ولو كانت هي المرضعة ايضاً لانتهاض ادلة وجوب العمل بخبر الواحد عنده لكن هذا[1] انما يثبت ديانةً لا عند التنازع فلا بد من البينة الكاملة ، واذا اقر الزوج يظن الرضاع ﴿ **فيجبر الزوج المقربة** ﴾ على مفارقة المرأة التي ظن حكم الرضاع بينه وبينها وفي هذا نظر لأن الاجبار لا يكون الا على مخالف الدليل الذي علم الاجماع على وجوب العمل به كالعدلين اما الظن الحاصل لا عن دليل مجمع على وجوب العمل على وفقه فلا إكراه على مدلوله وان جاز للمجتهد العمل عليه أو وجب ظناً كما حققناه في الأصول ﴿ **وباقراره وحده** ﴾ بأن امرأته ضيعة له ﴿ **يبطل النكاح** ﴾ بينهما ﴿ **لا الحق** ﴾ اللازم بالنكاح وان كانت مكذبة له في دعواه لأن اقراره لا يقصر عن رتبة كنايات الطلاق اذ هو في قوة انت على حرام وهو كناية طلاق فلا يحتاج الى مطالبة بطلاق ﴿ **والعكس** ﴾ وهو بطلان الحق لا النكاح ﴿ **في إقرارها** ﴾ بالرضاع ﴿ **الا** ﴾ ما تستحقه من ﴿ **المهر** ﴾ اذا كان اقرارها ﴿ **بعد الدخول** ﴾ فانه لا يسقط عليها لحديث فلها المهر بما استحل من فرجها كما تقدم في وطء الشبهة من كونه الأقل من المسمى ومهر المثل واذا كان الرضاع الذي علمته دونه مجمعاً عليه وجب عليها ان تدافع الزوج عن نفسها وان اجبرها الحاكم والله أعلم .

= دعها عنك ولقول الراوي فنهاه عنها لمن أخبر انها رضيعة له وان لم يحصل له ظن فان حصل له ظن وجب عليه لدليل آخر هو ان الظن قد تعبدنا به شرعاً وعقلاً وأما ان امارته لا بد ان تكون شرعية فشيء قد تقدم التنبيه عليه أول الكتاب وقد أشبعنا البحث فيه في رسالتنا المسماة القول المجتبي في مسايل الربى والله أعلم .

(١) **قوله** : لكن هذا انما يثبت ديانة ، أقول : فيتم الزام المصنف انه يعمل بالظن الحاصل عن خبر امرأة ولو المرضعة فانه انما صدر الفصل بثبوت الحكم فيحمل على انه أراد عند التنازع فحينئذ فلا يأبا ما ذكره الشارح من الجمع .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيع
الجزء الثالث من ضوء النهار

﴿ **كتاب**[١] **البيع** ﴾ والشراء يقع كل واحد منهما لغة اسماً لمدلول الآخر فهما مترادفان ومشتركان ﴿ **فصل شروطه ايجاب** ﴾ على عادة[٢] المصنف في جعل الماهية او جزئها شرطاً. اما صحة صدوره من ﴿ **مكلف** ﴾ فلا نزاع فيها واما قوله ﴿ **او مميز** ﴾ مأذون فخالف فيه

---

(١) **بسم الله الرحمن الرحيم (كتاب البيع)** أقول : في البحر هو اخراج عين الملك بعوض والشراء ادخالها وفي الشرع إيجاب وقبول بشروط مخصوصة واعترضه المنار وقال انه ليس للشرع فيه غير لسان اللغة فهو المبادلة . فهو يتضمن اخراج احد البدلين عن الملك وادخال الآخر لكنه غلب الاخراج على البيع ، والادخال على الشراء .قلت: لا يخفى انه سواء كان البيع هو الاخراج او المبادلة او النقل فانه لا يتم الا بالفاظ كما يأتي في شرائه صلّى الله عليه وآله وسلّم من جابر رضي الله عنه وغيره وتلك الألفاظ اصطلح الفقهاء ان يسمى لفظ البائع ايجاباً ولفظ المشتري قبولاً وهذا لا بأس به ولا خلل فيه انما الخلل في قول المصنف وفي الشرع إيجاب وقبول ، فانه يظهر منه انه نقله الشارع الى ذلك وليس كذلك ، فلو قال وفي الاصطلاح لكان حسناً.

(٢) **قوله** : المصنف في جعل الماهية أو جزئها شرطاً ، أقول : وهو جعل غير صحيح فان شرط الشيء غيره . وقد عدل الاثمار عن هذا الرسم تجنباً لهذه المفسدة فقال : هو إيجاب صحيح تصرف بلفظ تمليك عرفاً ، قال شارحه وانما عدل عن لفظ الأزهار شروطه ايجاب مكلف ، الى قوله هو ايجاب لأنه لا يستقيم ان يجعل الإيجاب والقبول من شروط البيع لأنهما نفس البيع وشرط الشيء غيره. وتقدم للمصنف في النكاح في قوله وشروطه اربعة فتذكر ، وقد رسم الحافظ ابن حجر البيع في فتح الباري بقوله : انه نقل ملك الى الغير بثمن والشراء قبوله ، قال وحكمة شرعيته ان حاجة الانسان تتعلق بما في يد صاحبه غالباً وصاحبه لا يبذله مجاناً ، ففي تشريع البيع وسيلة الى بلوغ الغرض من غير حرج ، وذكر الدميري في شرح المنهاج ان البيع انواع ثلاثة ، بيع اعيان موجودة وهو المراد هنا ، وبيع أعيان معدومة وهو السلم ، وبيع منافع وهي الاجارة **فائدة** صح ان النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم اتجر لخديجة رضي الله عنها وكان ابو بكر تاجراً وعمر في الطعام وعثمان في البر والطعام والعباس في العطر قاله الدميري ايضاً.

الشافعي لنا قوله تعالى (وابتلوا اليتامى) والابتلاء اختبار تصرفهم بالبيع والشراء وغيرهما قالوا قال تعالى (حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم) .قلنا قيد ان لدفع اموالهم لا نفوذ تصرفهم وفيه النزاع .

قالوا حديث رفع[1] القلم تقدم ، فلو صح بيعه لاستلزم تكليفه بتسليم المبيع او الثمن فنافى رفع القلم عنه ، قلنا البيع في الحقيقة بالاذن قالوا غايته وكيل والحقوق تتعلق بالوكيل عندكم ، قلنا بل كالفضولي ، قالوا الاذن فارق ثم اصل القياس ممنوع وسيأتي ، قلنا صححتم عبادته قالوا لأنها لا تلزمه حتماً فهي له لا عليه وقد تقدم تحقيقه . ولا بد من صدور الايجاب من ﴿ **مختار** ﴾ غير مكره لقوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراضٍ منكم) والمكره غير راضٍ الا ان ينوي تمليك المشتري نفذ اذ لم يكره على النية كما تقدم في الطلاق ، واما اكراه الحاكم له على البيع لقضاء دينه فمخصوص بأدلته الآتية في القضاء ان شاء الله تعالى وسيأتي الكلام في بيع المضطر بغير اكراه على البيع . واما ذكر ﴿ **مطلق التصرف** ﴾ عن الحجر ﴿ **مالك** ﴾ فمخل[2] بالعكس لأن عقد غيرهما موقوف فيلزم من ذكرهما خروج البيع الموقوف ، فلو قال ايجاب او إجازة او حذفهما لسلم .

وربما[3] قيل ان لا خراج العبد وان ملك خلافاً لمالك وقول للشافعي لنا قوله تعالى (لا

---

(١) **قوله** : رفع القلم ، أقول : الحديث في رفع العقاب الأخروي عما يفعلونه مما نهى عنه او يتركونه مما امر به ، فلا يشمل محل النزاع اذ الكلام في المعاملات الدنيوية ولذا يلزمهم ضمان الجنايات ونحوه ، والمصنف نظر الاستدلال بانه الابتلاء ولم يبينّ وجهه فقال في المنار يحتمل ان يكون وجهه احتمال ان الابتلاء بعد البلوغ وانه يحصل الابتلاء بدون نفوذ العقد بل مع وقفة على اجازة المولى . قلت ولا يخفى ان الأول لا يوافق حتى اذا بلغوا النكاح ، فانه ظاهر ان الابتلاء قبل البلوغ ، وقيل وجه النظر ان الابتلاء بالتصرف يجب والحق في أصل المسألة ان الآية محتملة والحديث في غير محل النزاع والأصل عدم صحة تصرف غير البالغ العاقل فالبقاء عليه هو الواجب .

(٢) **قوله** : فمخل **بالعكس**، أقول : لك ان تقول ان الرسم للبيع الناجز النافذ بدليل اتيانه بالموقوف بعد ذلك على حده ، وعدل في الاثمار الى قوله صحيح تصرف قال ابن بهران اراد بصحيح التصرف من يصح تصرفه وان كان موقوفاً في الحال ومثله في الفتح .

(٣) **قوله** : وربما قيل انه أي لفظ مالك لاخراج العبد فانه غير مالك للآية والاستدلال بها من مفهوم الصفة ، والمصنف لا يثبته في الأصول ، وكذلك الشارح ولأنه مبني على انه كاشف والأصل في الصفة التقييد كما قاله الشارح والأحاديث مؤ يدة للأصل فاطباق الجماهير على عدم ملكه لم يعتمد دليلاً

يقدر على شيء) قالوا وصف وموضوعه التقييد ومفهومه ملك من يقدر قلنا بل وصف كاشف كمملوك فلا مفهوم له ، قالوا الوصف الكاشف نادر ولا يحمل الخطاب على النادر ، قلنا مالك مملوك متناف قالوا ممنوع فان الحر مملوك لله وقد ملك بتمليك سيده وصحة تصرف السيد في ملك العبد لا ينافي الملك كتصرف الحاكم في ملك المحكوم عليه ، وايضاً حديث (من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه)الا ان يشترطه المبتاع الجماعة كلهم ، من حديث ابن عمر مرفوعاً ولأبي داود وابن حبان عن جابر نحوه ورواه النسائي وابو داود والترمذي والقزويني من وجهين عن عبادة بن الصامت قلنا المراد بِلَهُ مالٌ كونه في يده بالاذن من سيده ، قالوا تعسف لا يساعده لأم الملك لأن الأصل فيها الحقيقة . ثم لو قال المصنف ايجاب او اجازته من مالكهما لكان جامعاً مستغنياً عن قوله مطلق التصرف مالك ﴿ **او متول** ﴾ كالولي والوكيل ولا بد من كون الايجاب ﴿ **بلفظ** ﴾ دال عرفاً على ﴿ **تمليك** ﴾ المشتري ﴿ **حسب العرف** ﴾ الجاري في بيع المبيعات المختلفة كلفظ الشيط في الطعام والقضاء في الدين ، وبالجملة لفظ يدل على الرضاء باخراج المبيع عن ملكه الى ملك المشتري الا أن الاكتفاء بما جرى به العرف يقضي[1] بان لا يصح تخصيص المحقر بما اعتاده الناس كما سيأتي ﴿ **و** ﴾ لا يكفي الايجاب من البائع حتى ينضم اليه ﴿ **قبول غيره** ﴾ لذلك الإيجاب لعدم صحة تولي واحد للايجاب والقبول خلافاً للناصر والمنصور في الأب ولأبي حنيفة ومالك فيه وفي وصيه ، وللشافعي في الأولياء كلهم قلنا يستلزم ان يكون ضامناً للدرك على نفسه ولها قالوا لا مانع من ذلك وغايته استبعاداً ، قلنا

= ظاهراً وقوله فصحة تصرف السيد جواب ما لعله يقال لو كان العبد مالكاً لما جاز للسيد التصرف فيما حصله وهو كما قال الشارح لا ينافي ملكه لأن الشارع حكم بانه للسيد اذا لم يشترطه المشتري مع اضافة الى العبد والى ما جنح اليه الشارح جنح المنار ويأتي(*) لنا تحقيق البحث واختيارنا كلام الجمهور وابانة ما في كلام المنار من الوهم والحمد لله .

(١) **قوله** : يقضي بأن لا يصح تخصيص المحقر ، أقول : لأنه قد لزم من الاكتفاء باللفظ العرفي مساواة غير المحقرات لها فيما اعتاده الناس من الألفاظ ، قلت ولو قيل بانه اريد بقوله ويكفي في المحقر ما اعتاده الناس المعاطاة فقط من دون عبارة لكان للتخصيص وجه لكن كلام المصنف في شرحه يأباه فانه قال في الغيث انه لا بد في المحقرات من الايجاب والقبول او ما هو من جهة التعارف وعادة المسلمين في معنى الايجاب والقبول ، قال وانما لا يحتاج في بيعها الى ان يكون الايجاب والقبول بلفظين ماضيين مضافين الى النفس .

(*) في باب الكتابة تمت.

اجتماع نقيضين ، قالوا انما يمتنع اذا كانا صادرين عن جهة واحدة اما اذا اختلفت الجهتان فلا كالصلاة[١] في الدار المغصوبة طاعة من جهة الصلاة ومعصية من جهة الغصب وسيأتي في الوقت ان للمتولي معاملة نفسه بلا عقد ولا بد من كون تلك المعاملة موجبة للملك والا لما جاز الاستهلاك بها . ولا بد من كون القابل ﴿ **مثله** ﴾ اي مثل الموجب في اوصافه المتقدمة ويكون الايجاب والقبول ﴿ **متطابقين** ﴾ اي يكون القبول متعلقاً بما تعلق به الايجاب الواحد فلو تعدد الايجاب ومتعلقة فقبل احد الايجابين بمتعلقه ولم يقبل الآخر بمتعلقه صح ، ولا بد من ان يكون الايجاب والقبول ايضاً ﴿ **مضافين الى النفس** ﴾ اي مسندين اليها لأنهما فعلان ولو قال كذلك لكان هو الصواب لأن قوله بعت عن فلان وشريت لفلان اضافة الى الغير مع صحة الايجاب والقبول ﴿ **او في حكمها** ﴾ اي حكم المضافين كما اذا قال البائع اشتريت مني بكذا فقال المشتري نعم ، او قال المشتري بعت مني بكذا فقال البائع نعم ، وقال السيد يحيى لا يثبت عند الهدوية بمثل ذلك وان صححه المؤ يد والحق قول السيد يحيى لأن الفاظ العقود خبر عما في النفس[٢] والخطابات المذكورات استفهام عما في نفس الغير ولا بد ان

---

(١) **قوله** : كالصلاة في الدار المغصوبة ، أقول : لا يصح للقائلين بعدم صحتها وهم بعض من تقدم على ان ذلك في العبادات والكلام في المعاملات ، فلا قياس لاحدهما على الآخر ، نعم ما يأتي في الوقف يرِد به النقض .

(٢) **قوله** : خبر عما في النفس ، أقول: تقدم له هذا في الطلاق ايضاً وتقدم الكلام في ذلك ، واعلم ان هذه الصيغ اختلف فيها اهل الأصول فقالت الحنفية هي اخبار وقالت الحنابلة والشافعية هي انشاءات لا أخبار لوجوهٍ احدها انها لو كانت اخباراً لكانت كذباً لانه لم يتقدم فيه مخبره من البيع والعتق وليس خبراً عن مستقبل واجيب عنه بانها اخبار عن الحال فمخبَرها مقارن للتكلم بها ، وقد بسط القول ابن القيم في ادلة الفريقين ثم قال وفصل الخطاب في ذلك ان لهذه الصيغ نسبتين نسبة الى متعلقاتها الخارجية فهي من هذه الجهة انشاءات محضة كما قالته الحنابلة والشافعية ونسبة الى قصد المتكلم وارادته فهي من هذه الجهة خبر عما قصد كما قالته الحنفية فهي اخبارات نظراً الى معانيها الذهنية ، انشأت بالنظر الى متعلقاتها الخارجية ، وعلى هذا انما لم يحسن ان يقابل بالتصديق والتكذيب وان كان اخباراً ، لأن متعلق التصديق والتكذيب النفي والاثبات ومعناهما مطابقة الخبر لمخبره او عدم مطابقته ، وهذا المخبر حصل بالخبر حصول المسبب بسببه فلا يتصور فيه تصديق ولا تكذيب وانما يتصور ان في خبر لم يحصل مخبره ولم يقع به نحو قام زيد فتأمله . قلت : وهذا لا يتم الا بناء على ان التصديق والتكذيب ليس خاصية لماهية الخبر من حيث هو بل لقسم منه وكأنه اشار بالتأمل الى هذا ثم لا ادري هل للخلاف في هذه الصيغ فائدة فان احكامها ثابتة على التقديرين ثم لا يخفى ان في قول

يكون ﴿ غير مؤقت ﴾ والا انقلب اجاره لما سيأتي من انعقاد الاجارة بلفظ البيع ﴿ و ﴾ اما اشتراط ان ﴿ لا ﴾ يكون بلفظ ﴿ مستقبل ايهما ﴾ فلما تقدم في النكاح من ان ذلك عدة لا بت للعقد ، اما لو قال احدهما بع مني بكذا فقال بعت فكذا على المذهب لا يكفي[1] وقال المؤ يد بالله والناصر والشافعي يكفي في ثبوت العقد ، لنا أن الأمر هو المضارع ، قالوا الطلب قبول وزيادة ولهذا صح[2] النكاح به بخلاف المضارع فانما هو محض عدة ، واما قول المصنف انه خص النكاح الخبر فتهافت وان تخصيص الصحة فرع تعميم[3] المنع ولا منع لأن صحته في

= الشارح تأملاً لأنه لم يثبت عقد البيع باللفظ الاستفهامي فانه صادر عن لافظه لا بقصد العقد فانه سائل لغيره هل باع العين المشار اليها او شراها وقول الغير نعم به دفع الايقاع لأنها قائمة مقام الجملة اي اشتريت او بعت كما عرف في النحو فلم يقع باللفظ الاستفهامي عقد أصلاً نعم المستهفم اسم فاعل لم يقع منه لفظ اصلاً لا بالإيجاب بالأول ولا بالقبول كما لا يخفى فهذه الصورة يمشي صحتها على القول باعتبار الرضا من دون ملاحظة لفظ لأنه باستفهامه للغير علم انه راضٍ بالايجاب او القبول فتأمل ، ثم عبارة المصنف قاضية بانه قد وقع الايجاب والقبول ولم يفت الا الاضافة الى النفس وليس كذلك فان احد اللفظين لا وجود له في العبارة.

(١) **قوله** : لا يكفي ، أقول: هنا لم يقع الا الإيجاب فقط فان لفظ الأمر ليس قبولاً ضرورة ولا ايجاباً بل سؤ الاً للغير ان يوجب فان وجب فان لفظ القبول فلا فرق بينها وبين صورة الاستفهام التي جعلت في حكم المضافين فان اكتفى بان الاستفهام لازم عن الرضا فكذلك الأمر.

(٢) **قوله** : ولهذا صح به النكاح ، أقول : كما في حديث الواهبة نفسها للذي قال زوجنيها يا رسول الله واستغني بالسؤ ال عن القبول كما تقدم.

(٣) **قوله** : فرع تعميم المنع ، أقول : الاحسن فرع صحة المنع ولضعف كلام المصنف نقل ابن بهران انه قال بعض المحققين اما وقوع النكاح والخلع ونحوهما بلفظ الأمر فليس على ظاهره بل الأمر توكيل والايجاب والقبول وقعا بلفظ واحد فلذلك لم يصح الا فيما يصح ان يتولى طرفيه واحد قيل ، وهذا ضعيف اذ يلزم منه الصحة في غير مجلس الأمر. قلت : ولا يخفى انه استدلال بالمذهب ايضاً والحق ان ما دل على التراضي انعقد به البيع وقد ثبت عند الشيخين والترمذي وابي داود والنسائي حديث جابر في بيعه الجمل من رسول الله صلّ الله عليه وآله وسلّم ففي لفظ البخاري انه صلّ الله عليه وآله وسلّم قال له (بعنيه وفي لفظ مسلم تبيعنيه فقال جابر قلت نعم) وفي لفظ بعنيه باوقية فبعته وله عدة الفاظ دالة على انه اكتفى بالاستفهام او بالامر واخرج مسلم والأربعة ، قال جاء عبد فبايع على الهجرة رسول الله صلّ الله عليه وآله وسلّم ولم يشعر النبي صلّ الله عليه وآله وسلّم فجاء سيده يريده فقال رسول الله صلّ الله عليه وآله وسلّم بعنيه فاشتراه بعبدين اسودين والظاهر انه كان العقد بهـذا اللفظ ، واخرج

النكاح اصل يقاس عليه البيع فالفرق بان النكاح قليل المماكسة بخلاف البيع لا دخل له في العقد ﴿ **ولا** ﴾ بد من ان يكون كل منهما غير ﴿ **مقيد بما يفسدهما** ﴾ من الشروط الآتي بيانها ان شاء الله تعالى ﴿ **ولا تخللهما في المجلس اضراب** ﴾ بالنية ﴿ **او رجوع** ﴾ بالقول اما رجوع السابق منهما بالامضاء قبل امضاء صاحبه فظاهر واما الاضراب فهو عبارة عن نية[1] ترك فعل المعزوم على فعله ولا دليل على ان نية المتأخر لترك امضاء ما كان عزم على امضائه تبطل امضاء صاحبه ، بحيث لو عاد الى الامضاء قبل اضراب صاحبه لم يصح العقد لتوقف ذلك على حصول دليل على مانعية توسط الاضراب ، او على شرطية استمرار نية الامضاء ، والمعتبر ليس الا حصول كل من الركنين عن رضا من صاحبه واختيار وتقدم تحقيقه في النكاح ثم التقيد بفي المجلس لا حاجة اليه بل مفهومه مختل لأنه يفهم ان تخللهما في نحو البيع الموقوف على اجازة الغائب لا يضر.

وليس كذلك [2] ، ولا بد ان يكون الايجاب والقبول ﴿ **في مالين** ﴾ بناء على انّ المنافع ليست بمال توهماً ان الاجارة واردة على خلاف القياس لأنها بيع منافع معدومة ولهذا لا

= البخاري والترمذي والنسائي وابن ماجة والدارقطني عن عبد المجيد بن وهيب قال قال لي العداء بن خالد الا اقريك كتاباً كتبه لي صلى الله عليه وآله وسلم هذا ما اشتراه العدا بن خالد من (**محمد رسول الله**) اشتراه منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثه بيع المسلم المسلم ولم يقل بقول البائع بعت والمشتري اشتريت ولا غيرهما من الألفاظ المحدثة وقال تعالى (الا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم) والرضى لا يشترط له عبارة وقد جعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم رضا البكر صماتها، فمعرفة الرضا غير منحصرة في اللفظ ولا في لفظ معين ويأتي للشارح قريباً اختيار هذا وقد اختاره المنار ومن قبله ابن القيم في الهدى.

(١) **قوله** : عن نية فعل المعزوم على فعله ، أقول : هذا التفسير لم اره لغير الشارح وفسره المصنف في الغيث بمكالمة الغير أو القيام لحاجة، وحاصله ما يدل على الاعراض من القرائن لا أنه نفس النية، وأما الدليل على مانعية توسط الاضراب فما هو الا العرف والا لزم لو أوجب اليوم وقبل غداً او الى سنة لصح.

(٢) **قوله** : وليس كذلك اقول : لك ان تقول الكلام في رسم البيع الناجز غير الموقوف وقد قال اي المصنف مالكُ لم يكتف بقوله وقبول غيره او اجازته كما اشرنا اليه ، وقد حذف الاثمار والفتح في المجلس كأنه لما ذكره الشارح وحذفهما له يدل على ان الحد عام للبيع الناجز والموقوف فيتم ما وجهنا به من ان الحد للناجز ولا يدخل فيه الموقوف .

يجوزون بيع الحق كما يأتي ، ولا بد من كون المالين ﴿ **معلومين** ﴾ تفصيلا او جملة كبيع الجزاف كما سيأتي ويكونان مما ﴿ **يصح تملكهما في الحال** ﴾ أي حال البيع نحو الوقف والنجس وارض مكة كما سيأتي ﴿ **و** ﴾ لو اكتفى عن هذا القيد بقوله يصح ﴿ **بيع احدهما بالآخر** ﴾ لكفي[١] عنه وعن جائز البيع لأن ما لا يجوز بيعه في مقابلة لا يصح بيعه به مع أن ذكر مالك فيما تقدم كاف عنه لأن ما لا يكون مملوكاً لا يكون بايعه مالكاً له واحترز بهذا عن بيع الرطب بالتمر ونحوه مما سيأتي في المناهي ولا بد من صدور العقد ﴿ **والمبيع موجود** ﴾ اي متعين لما سيأتي الا في السلم وبيع ما في الذمة ممن هو عليه ولا حاجة الى قوله ﴿ **في الملك** ﴾ لصحة البيع الموقوف كما سيأتي ، واما قوله ﴿ **جائز البيع** ﴾ فتكرير اغنى عنه اشتراط صحة تملكهما وقد اراد المصنف بتكثير القيود تعريف البيع الصحيح ليكون تعريفاً للنوع لا للجنس ولا وجه للتخصيص لان الفاسد بيع يقتضي الملك ، وانما يحتاج الى زيادة شرط هو القبض وكان[٢] اخصر من ذلك [*] (ايجاب وقبول يقتضيان شرعاً انتقال عين بعوض) واما قوله ﴿ **ويكفي في المحقر ما اعتاده الناس** ﴾ من العبارة في بيعه وشرائه فمقدار المحقر مجهول وان حده البعض من تلقاء نفسه بما دون ربع المثقال او قيراط المثقال فما دون فذلك تحديد ليس بشرعي ثم قد نبهناك على ان لا دليل على تخصيصه بكفاية المعتاد فيه دون غيره فالحق كفاية كل ما يدل على حصول الرضا بما لم ينه عنه ، كالملامسة والمنابذة مما سيأتي ان شاء الله تعالى لقوله تعالى «إلا أن تكون تجارةعن تراض منكم» وعليه دل حديث (ان النبي صلى الله عليه وسلم

---

(١) **قوله** : لكفي عنه ، اقول : تقرر عند المحققين انه لا يناقش في الرسوم باغناء اللاحق عن السابق انما يتجه عكسه على ان تكثير القيود لايضاح الماهية لا ضير فيه سيا في هذه الفروع .

(٢) **قوله** : وكان اخصر من ذلك الخ ، اقول : وما ذكره من الرسم غير مانع لدخول الهبة بعوض فيه فلا يتم قوله ان ذكره بعوض يخرج الهبة واعلم انه اسقط منه قيدي الايجاب والقبول فلا يتم على ما اختاره المصنف ولا يصح انه اراد به ما يختاره هو فانه انما اراد اخصر من عبارة المؤلف مع وفائه بمعناها والا لقال الصواب او الصحيح ، وهذي الكلام على نسخه من الشرح لفظها نقل عين من مالك الى آخر بعوض عن تراضي بين جائزي التصرف ، فنقل العين يخرج المنفعة ، والحق والملك يخرج ما لم يملك كما ليس عند البائع وما لم يقبض ، والعوض يخرج الهبة ونحوها ، والتراضي يخرج الغصب ونحوه ، وجواز التصرف يخرج المحجور وغير المكلف . والذي حشينا عليه النسخة الاخرى .

(*) نقل عين عن ملك الى آخر بعوض عن تراض بين جائزي التصرف تمت

نادى على حلس وقدح لبعض اصحابه فقال رجل هما عليّ بدرهم وقال الآخر هما عليّ بدرهمين ، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم هات) احمد وابو داود والنسائي والترمذي ، وحسنه وان اعله ابن القطان بجهالة حال ابي بكر [١] الحنفي البكري .

فهو تابعي مستور [٢] وسيأتي تحقيق ذلك ان شاءالله تعالى في تصحيح قول المؤ يد بالله ان المعاطاة توجب الملك بالقبض . ﴿ **فصل و** ﴾ البيع والشراء ﴿ **يصحان من الاعمى** ﴾ خلافاً للشافعي واصحابه في العما الاصلي [*] وللثوري مطلقاً لنا كون العمى مانعاً حكم شرعي يفتقر الى دليل شرعي ، قالوا مظنه للغرر وقد نهي عنه كما سيأتي ، قلنا انما النهي عن المئنة وهي منضبطة وانما ـ يناط ـ الحكم بالمظنة اذا لم تنضبط المئنة وكبيع غايب ابطل فيه خيار الروية بعد العقد ﴿ **ومن المصمت والاخرس بالاشارة** ﴾ المفهمة لأنها مقدورهما في تعريف الرضا الا أن فيه بحثاً وهو ان اللفظ ان كان شرطاً افتقر [٣] تصحيح بيعهما بعدم اشتراط اللفظ الى دليل وان لم يكن شرطاً وجب الاكتفاء بالاشارة ـ من ـ غيرهما لحصول المقصود وهو العلم

---

(١) **قوله** : ابي بكر البكري ، اقول : في التلخيص ابو بكر الحنفي وهو في نسخة من الشرح هنا وهو الصواب فهو الذي في سنن ابي داود في سنده لهذا الحديث .

(٢) **قوله** : مستوراً ، اقول كذا : في نسخه من ضوء النهار وعليها خط المصنف ، ولا فائدة فيه فان المستور مجهول ، وفي نسخة منه مشهور وهي التي تناسب الرد على ابن القطان ، ولكنا بحثنا فوجدنا في الميزان ابو بكر بصري عن انس لا يعرف ولم يقل الحنفي ولا البكري بل قال بصري وفي التقريب في الكني ابو بكر الحنفي اسمه عبدالله بن عبدالله فبحثنا فيمن اسمه ذلك فلم نجده وفي مختصر السنن للمنذري عند كلامه على هذا الحديث ما لفظه انه اخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه قال الترمذي هذا حديث حسن لا نعرفه الا من حديث الأخضر بن عجلان هذا آخر كلام الترمذي ، قال الحافظ المنذري الاخضر بن عجلان ، قال يحيى بن معين صالح وقال ابو حاتم الرازي يكتب حديثه . ولم يقدح في الحديث بجهاله ابي بكر مع سياقه من طريق الأخضر بن عجلان عن ابي بكر الحنفي عن أنس بن مالك فلينظر ففي كلامهم اضطراب كما ترى.

(٣) **فصل ويصحان من الاعمى قوله** : افتقر تخصيص الى قوله دليل اقول : مسلم انه هو شرط للقادر عليه وتكفي الاشارة ممن لا قدرة له عليه اذ هي غاية ما يقدر عليه .

(*) وكذا الطارىء الا فيا قد عرفه بالشخص قبل العمى ولم ينسَ صفاته حال العقد وكان مما لا يتغير غالباً في تلك المدة او احتمل الامرين هذا تحقيق مذهب الشافعي نعم فرق بعض اصحابه في السلم بين من عمي قبل التمييز وبعده وهو وجه ضعيف والمقرر عدم الفرق هناك ، فسلم الاعمى ضعيف مطلقاً دون بيعه مطلقاً ، والفرق بين البابين واضح والله اعلم تمت عبد العزيز المفتي الشافعي .

بالرضا ﴿ و ﴾ يصح منهما ﴿ كل عقد ﴾ ايضاً واما قوله ﴿ الا الاربعة ﴾ الشهادة والاقرار بالزنا والقذف ويمين الايلاء [١] واللعان كما حقق كل في بابه فاستثناء منقطع لأنها ليست بعقود وانما هي انشاء او خبر فان العقد اصطلاحاً مجموع الايجاب والقبول ﴿ و ﴾ البيع والشراء يصحان ﴿ من مضطر ﴾ اليهما غير مكره عليهما كما تقدم ﴿ ولو غبن ﴾ غبناً ﴿ فاحشاً ﴾ لان اصل مشروعيتهما لدفع الحاجة وان بلغت الى الضرورة الملجية اليهما ﴿ الا ﴾ ان يكون الاضطرار ﴿ للجوع ﴾ او العطش بحيث يخشى الهلاك لم يصح البيع قياساً على الاكراه ولما اخرجه ابو داود عن شيخ من بني تميم ان علياً عليه السلام قال: سيأتي على الناس زمان عضوض يعض الموسر فيه على ما في يده ويبايع المضطرون ولم يؤمروا بذلك قال الله تعالى «ولا تنسوا الفضل بينكم» .

وقد نهى [٢] رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع المضطر وعن بيع الغرر وعن بيع الثمرة قبل ان تدرك ﴿ و ﴾ يصح البيع اذا صدر ﴿ من المصادر ﴾ اي من حبس ظلماً

---

(١) **قوله** : ويمين الايلاء ، اقول : احسن بتقدير المضاف ليتم قوله اربعة والا فهي خمسة فان الايلاء باب واللعان باب نعم اليمين غير محصورة شرعيتها في البابين بل وفي الدعاوى ونحوها فليتعلق المنع باليمين مطلقاً من غير تعيين باب .

(٢) **قوله** : وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع المضطر ، اقول : الحديث اخرجه احمد وابو داود لكنه اخرجه ابو داود عن شيخ من بني تميم ففيه مجهول ولكن لا يخفى انه عام لكل اضطرار من جوع وغيره ثم قد قرن بيع الغرر وبيع الثمرة قبل ان تدرك الا ان يقال كلام علي عليه السلام دليل على انه لم يرد به الا المضطر لحاجة الطعام وفيه بعد وقال ابن بهران ان بيع المضطر اذا كان ليقضي دينه او يشتري دواء او يتزوج او نحو ذلك فهذا يصح بيعه بلا خلاف ولو بغبن فاحش قال وحملنا الخبر على المضطر لحاجة الجوع والعطش جمعاً بين الادلة ، قلت فيكون تخصيصاً بالاجماع واذا حمل المضطر على المكره كما في شرح ابن بهران لم يبق اشكال ولا يقال حديث مسلم واحمد وابي داوود والنسائي وابن ماجه عن جابر مرفوعاً نهي عن بيع السنين ـ اي سنين القحط ـ دليل على النهي عن بيع المضطر لجوع او عطش ، لانا نقول ليس المراد به الا بيع المعاومة وهو أن بيع ثمر الشجرة السنتين والثلاث كما في شرح مسلم **فائدة** اشتهر عن علي عليه السلام في كتب الاصول انه يقول بقصر العام على سببه ولا يخفاك ان استدلاله بالآية هنا ينافيه لأنها واردة في حكم حق الزَّوجات فاستدل بعمومها غير ملاحظ سببها .

واكره على تحصيل النقدين غصباً ﴿ ولو ﴾ باع ما قيمته عظيمة ﴿ بتافه ﴾ [١] حقير وقال الناصر والمنصور وقاضي القضاة لا يصح[٢] بيعه، قلنا لم يكره على البيع نفسه وانما أكره على تحصيل نقدٍ أمّا لو أكره على البيع فلا نزاع قالوا اذا لم يجد دفع ضرر الظلم الا بالبيع كان كدفع ضرر الجوع وقد منعتم صحته .

لأن الحديث لم يفصل [٣] بين مضطر ومضطر ، قلنا لو كان على عمومه لزم فيمن حبس ليقضي دينه أو ينفق على زوجته أن لا يصح بيعه قالوا غايته عموم خص ولا يقدح ذلك الا على نفى حجية العموم بعد تخصيصه ولا يصح الفرق بين ما يقع لواجب ولمحضور لأنه يلزم ان يصح البيع للجوع بالغبن الفاحش، لأن رفع ضرر النفس واجب والحق منع بطلان صحة البيع بغبن فاحش للضرورة لحق كان أو باطل لأن غاية النهي ان يكون للوصف ولا يقتضي الفساد على الصحيح كما سيأتي ﴿و﴾ يصح البيع ﴿من غير المأذون وكيلا﴾ كالعبد والصبي، ولا حاجة إلى قوله وكيلا لأنه غايته فضولي وعقد الفضولي موقوف صحيح كما

---

(١) قال : ولو بتافه اقول : فسره المصنف بالشيء الحقير الذي لا قيمة له وفيه نظر من جهة اللفظ والمعنى اما الاول فان الذي في كتب اللغة ان التافه الشيء الحقير من غير زيادة الذي لا قيمة له واما المعنى فلأن من شرط العوض عندهم ان يكون له قيمة .

(٢) قوله : لا يصح ، اقول : سواء باعه بغبن ام لا وعن المنصور بالله ان باعه بِغَبن لم يصح والا صح قالوا اذ هو في حكم المكره وانما الجىء اليه قال في البحر قلت ان باعه الى المصادر فمكره قطعاً والا فكمن باع ليشتري دواء او ينكح من افتتن بها .

(٣) قوله : لان الحديث لم يفصل ، اقول : تندفع هذه الايرادات بحمل المضطر على المكره كما سلف وفي النهاية وفي حديث علي عليه السلام نهي عن بيع المضطر ، وهو يكون من وجهين احدهما ان يضطر الى العقد من طريق الاكراه عليه وهذا بيع فاسد لا ينعقد ، والثاني ان يضطر الى البيع لدين ركبه اومؤونة ترهقه فيبيع ما في يده بالوكس للضرورة وهذا سبيله في حق الدين ، والمروءة ان لا يبايع على هذا الوجه لكن يعان او يقرض الى الميسرة او يشتري سلعته بقيمتها فان عقد البيع مع الضرورة على هذا الوجه صح ولم يقبح مع كراهة اهل العلم له ومعنى البيع هنا الشراء او المبايعة او قبول البيع . فقد حمل النهي في الحديث على التحريم والكراهة كما تراه والظاهر في صيغة نهي التحريم ولو حمل على المكره لا غير وبقيت الصيغة على بابها لكان اولى فان المضطر في معنى المكره والمضطر مفتعل من الضرر واصله مضترر فادغمت الرا وقلبت التاء طاء لأجل الصاد فحينئذٍ لا يحرم الا بيع المكره لا غير.

سيأتي، وأما قوله ﴿ **ولا عهدة عليه** ﴾ في شيء من حقوق العقد فحاصله دعوى وجود الملزوم بدون لازمة ولا يخفى خروجه عن قانون المعقول.

كيف وقد قرر[١] النبي صلى الله عليه وآله وسلم عروة البارقي على تسليم احدى الشاتين وقبض ثمنها كما سيأتي ان شاء الله ﴿و﴾ البيع والشراء يصحان ﴿ **بالكتابة والرسالة** ﴾ كما تقدم في النكاح واما قوله ﴿ **ولا يتولا الطرفين** ﴾ البيع والشراء ﴿ **واحد** ﴾ فتكرير لمفهوم قوله وقبول غيره وقد تقدم تحقيقه واما قوله ﴿ **أو في حكمه** ﴾ فأراد به ما لو وكل الأب من يبيع منه مال ابنه الصغير ﴿ **فصل ويلحق بالعقد** ﴾ ولو بعد مجلسه وقال الناصر والشافعي انما يلحق في المجلس ﴿ **الزيادة والنقص المعلومان في المبيع والثمن** ﴾ بمعنى انها تثبت لها أحكام المبيع والثمن من وجوب التسليم والرد للجميع في العيب في الزيادة ونحو ذلك وان وقعا على جهة التبرع لقوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) والبيع يقاس على النكاح ﴿و﴾ كذا الزيادة والنقص في مدة ﴿ **الخيار والأجل مطلقاً** ﴾ سواء كان قبل القبض أو بعده وانما وجبا وان كانا تبرعا لانسحاب حكم العقد عليهما حيث لم يقعا الا لأجله وبسببه ولهذا لا تحتاج الزيادة الى قبول والحق انهما لا يلحقان الا على[٢] القول بخيار المجلس والا كانت الزيادة هبة والنقص إبراء وأما الآية فقد تقدم انها في نكاح المتعة وهي منسوخة عنده مع انه لا دليل فيها الا على الجواز والفرض اللزوم واشتراط العلم بهما لئلا يلزم من جهل مقدارهما جهالة في المبيع أو الثمن فيفسدان العقد ان حكم بلحوقهما الا أن كون افسادهما مانعا من الالحاق ينبني على انه لا يجوز التفاسخ ولا ما يؤدي الى سببه ولا يمتنع ذلك لجواز الدخول في العقود الفاسدة كما سيأتي على ان القول بلحوقهما بالعقد يستلزم ان لا

---

(١) **قوله** : وقد قرر عروة البارقي، اقول : لا كلام في انه يجوز له القبض والاقباض وانما الكلام هل يطالب فيما يتعلق بالبيع لا دليل في حديث عروة عليه ، نعم والأصل عدم تعلق حق به فالدليل على مدعيه ﴿ فصل ﴾ ويلحق بالعقد .

(٢) **قوله** : إلا على القول بخيار المجلس ، أقول : لأنه على القول به لم ينبرم البيع فكان ما لحق واقعاً في صلب العقد الا ان الشافعي مع اثباته لخيار المجلس قائل بأنه لا لحوق لما في عمومهما من الإشكال ، لأنه لم يتضمنهما العقد ولا وقعا بعده بعقد فكان القياس ان يقال انه لا يتم القول بهما الا على من لا يشترط الايجاب والقبول .

يصح قوله ﴿ **لا الزيادة** ﴾ في الثمن[١] فانها لا تلحق ﴿ **في حق الشفيع** ﴾ لأن معنى لحوقها العقد شموله لها وتعلقه بها فلا وجه لاسقاطها عن الشفيع ﴿**و**﴾ اذا كان الأجل مقداراً من الزمان لم يعين اوله حال العقد وتراخي القبض عن العقد فانه يكون ﴿ **أول**[٢] **مطلق الأجل وقت القبض** ﴾ للمبيع لا وقت العقد لأن قبض البائع المبيع في حكم الاستيفاء للثمن ، ولهذا يتلف من ماله واذا كان في حكم الاستيفاء فلا دين في الحقيقة مؤجل ﴿ **فصل والمبيع**﴾ يخالف الثمن في أمور منها انه لا بد ان ﴿**يتعين**﴾ المبيع أي يوجد حال العقد معيناً كما تقدم[٣] في الرسم لحديث حكيم بن حزام ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم (قال له لا تبع ما ليس عندك حين قال له حكيم يا رسول الله ان الرجل ليأتيني فيريد مني البيع وليس عندي ما يطلب أفأبيع منه ثم ابتاعه من السوق فقال له لا تبع ما ليس عندك) اخرجه احمد وأصحاب السنن وابن حبان ، قال الترمذي حسن صحيح وقد روي من غير وجه عن حكيم واحتج به الشافعي على عدم صحة البيع الموقوف كما سيأتي لأن المبيع ليس عند البائع ، والجواب ان المراد لا تبع عن نفسك ما لا يكون في ملكك لأن البيع عن النفس هو الغالب فينصرف الخطاب اليه ، ولأن البيع في الموقوف هو الاجارة في الحقيقة وهي بيع من المجيز لما هو عنده واذا وجب أن يتعين المبيع ﴿ **فلا يصح** ﴾ البيع اذا كان المبيع ﴿ **معدوماً** ﴾ للنهي عن بيع المضامين[٤] ما

---

(١) **قوله** : في الثمن ، اقول : مثله في الغيث واعترض بايهامه ان الزيادة في حق الشفيع لا تلحق مطلقاً سواء كانت في الثمن أو في المبيع أو في غيرهما وليس كذلك ، ولذا قال في الأثمار غالباً احتراز من الزيادة في الثمن والنقص من المبيع في حق الشفيع فانهما لم يلحقا بالعقد ، هذا ولا يخفى انه لا وجه له كما قال الشارح .

(٢) **قال** : وأول مطلق الأجل وقت القبض ، أقول : استدل له الشارح بأن قبض المبيع في حكم الاستيفاء للثمن ولا يخفى ضعفه فانه لو كان في حكم الاستيفاء لما كان بيعاً مؤجلاً وهو خلاف الفرض فالظاهر ان أول الأجل يوم البيع ، اذ العين قد صارت بالعقد ملكاً للمشتري وصارت القيمة في ذمته وانتقلت عين المبيع عن ملك البايع حين العقد **فصل والمبيع يتعين** .

(٣) **قوله** : كما تقدم في الرسم ، اقول : حيث قال والمبيع موجود .

(٤) **قوله** : المضامين ، اقول : جمع مضمون وهو ما في صلب الفحل ، يقال ضمن الشيء بمعنى تضمنه ، ومنه قولهم مضمون الكتاب كذا وكذا ، والملاقيح جمع ملقوح وهو ما في بطن الناقة ، يقال لقحت الناقة اذا حملت ، وولدها ملقوح به ، الا انهم استعملوه بحذف الجار ، قال ابن الأثير هذا

في بطون اناث الابل والملاقيح ما في ظهور الابل عند البزار وابن راهويه من حديث أبي هريرة وعند ابن أبي عاصم من حديث عمران بن حصين وعن ابن عباس في الكبير للطبراني والبزار ، وعن ابن عمر عند عبد الرزاق باسناد قوي ، وعن ابي سعيد عند احمد وابن ماجة وللنهي عن حبل الحبلة متفق عليه ، وللنهي عن بيع الكالي بالكالي وهو الدين بالدين ، الدارقطني والحاكم وصححه عن ابن عمر على شرط مسلم فوهم لأنه توهم أن موسى عن عبدالله بن دينار هو موسى بن عقبة وانما هو موسى بن عبيدة الربذي[١] ، قال أحمد لا تحل عندي الرواية عنه ومدار هذا الحديث عليه ، الا انه روى الاجماع على معناه ورواه الشافعي بلفظ نهى عن بيع الدين بالدين . وأقول تصحيح السلم والبيع[٢] الموقوف وبيع الغائب هادم

= تأويل أهل اللغة والغريب والفقهاء ووجدت في كتاب الموطأ في نسختين ظاهرهما الصحة وهما اللتان قرأتهما جاء في متن الحديث تفسيراً لمالك فجعل المضامين ما في بطون الاناث والملاقيح ما في ظهور الذكور . فتحصل ان للملاقيح تفسيرين . وحبل الحبلة بالمهملة في الأول والثاني والموحدة فيهما ساكنة (في المصباح بفتح الجميع) في الأول محركة في الثاني وفسره في الحديث بانه كان الرجل يبتاع لحم الجزور الى ان تنتج الناقة ثم تنتج الذي في بطنها ثم هذه رواية الموطأ ، وفي رواية الشيخين حبلة الحبلة ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحمل الذي نتجت . وقال ابن كيسان المراد به النهي عن بيع العنب حتى يطيب وهو تفسير غريب .

(١) **قوله** : الربذي ، اقول : بفتح الراء المهملة والموحدة فمعجمة ضعفها ابن المديني والنسائي وابن عدي ، وقال ابن سعد ثقة كثير الحديث وليس بحجة قاله في الخلاصة .

(٢) **قوله** : والبيع الموقوف ، أقول : أما البيع الموقوف وبيع الغائب فليس من بيع المعدوم ، واما السلم فخص بالأدلة كما خصت العرايا ، وقوله ان مدار تعليلها على الغرر يقال بلا المدار على النص لا تبع ما ليس عندك وكان مقتضاه اشتراط حضوره لكن من قال بجواز بيع الغائب تأول الحديث بأن المراد لا تبع ما لم تملك فيؤخذ منه انه يبيع ما يملك وان كان غائباً وقوله ما ليس بحاضر خروج عن البحث ، اذ الكلام في بيع ما ليس موجوداً في الملك لا في الغائب ، وقال ابن القيم ان المعدوم ثلاثة اقسام موصوف مضمون في الذمة ، فهذا يجوز بيعه اتفاقاً ، وان كان ابو حنيفة يشترط في هذا النوع ان يكون وقت العقد في الوجود من حيث الجملة وهذا السلم ، قال لا والذي منع الشارع منه معدوم لا يدري يحصل او لا يحصل ولا ثقة لبايعه بحصوله بل يكون المشتري منه على خطر ، فهذا الذي منع الشارع من بيعه لا لكونه معدوماً بل لكونه غررا ، قلت هذا تقييد لاطلاق النهي عن بيع المعدوم وتعليل بالغرر عن غير دليل بل النهي علق بالعدم نفسه ، قال ومنه صورة النهي التي تضمنها حديث حكيم بن حزام وابن عمر فان البايع اذا باع ما ليس في ملكه ولا له قدرة على تسليمه فيذهب ويحصله

للحكم بفساد اكثر المناهي لأن مدار تعليلها على الغرر الموجود في بيع الغايب معدوماً كان أو غيره فاذا صح لثبوت خيار الرؤ ية وجب أن يكون بيع كل ما ليس بحاضر صحيحاً موقوفاً على حضوره النافي للغرر المانع من النفوذ فلا يكون لقوله ﴿ الا في السلم ﴾ وجه تخصيص بالصحة دون غيره .

بل يكون دليل صحة السلم اصلاً يقاس [١] عليه غيره وكاشفاً عن كون الغرر اذا انتفى بخيار الرؤية وفي السلم بشروطه الآتية ﴿أو﴾ بغيرهما كما في بيع ما ﴿ في ذمة مشتريه ﴾[٢] نحو أن يكون مهر المرأة عبداً في ذمة زوجها فتبيعه منه بثمن حاضر لئلا يكون من بيع الكالي بالكالي فانه يصح البيع لمعدوم وموجود ، وغاية ما يلزم كراهة المنهى عنه ونهي الكراهة بوصف خارجي لا يقتضي الفساد اجماعاً وقد نبهناك غير مرة ان صحة القياس على ما أخرج من عموم العلة أو عموم الحكم نقض لهما وهو الحجة لمن نفى حجية العموم بعد تخصيصه فأبطل به العلة ﴿و﴾ منها انه ﴿ لا يتصرف فيه قبل القبض ﴾ لحديث ابن عمر عند الجماعة الا الترمذي قال كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان نبيعه حتى ننقله[٣] وهو عند الجماعة الا الموطأ من حديث ابن عباس بلفظ اما

= ويسلمه الى المشتري كان ذلك تشبيهاً بالقمار والمخاطرة قلت النهي علق بكونه ليس عنده اي حاضراً أو في ملكه فزيادة ولا له قدرة على تحصيله لا يدل عليه الحديث بل ينافيه لأنه يفيد جواز بيع ما ليس عنده حاضراً ولا ما هو في ملكه ، قال وقد ظنت طائفة ان بيع السلم مخصوص من بيع ما ليس عنده وليس كما ظنوا ، فان السلم يرد على امر مضمون في الذمة ثابت فيها مقدور على تسليمه عند محله فهو يشبه تأجيل الثمن في ذمة المشتري فهذا شغل لذمة المشتري بالثمن المضمون وهذا شغل لذمة البائع للمبيع المضمون فهذا لون وبيع ما ليس عنده لون . قلت بل السلم من بيع ما ليس عنده لكنه خصه الشارع .

(١) قوله : أصلاً يقاس عليه، اقول: لاتبع ماليس عندك عام خرج منه السلم بالنص فلايقاس عليه فانه قياس فاسد الاعتبار والا لزم في كل عام خصه النص بصورة ان نقيس عليها فيبطل العام برمته ، وتقدم القياس على النص التزام هذا ومع ذلك فهو من نفاذ القياس ويأتي زيادة تحقيق لهذا في الكلام على بيع اللبن والحمل ان شاء الله تعالى .

(٢) قال : او في ذمة مشتريه ، اقول : لم اجد له دليلاً بعد عموم النهي عن بيع المعدوم انما ورد التخصيص في السلم على أنه سيأتي تحقيق المعدوم المنهي عنه .

(٣) قوله : حتى ننقله ، اقول : هذا زيادة على مجرد القبض وهو نقل المبيع عن محل الشراء وانه لا يبيعه حيث شراه فهو ممثل حديث زيد ابن ثابت الآتي قريباً ومقتضى الحديثين انها لا تباع السلعة حيث

الذي نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فهو الطعام ان يباع حتى يقبض قال ابن عباس ولا احسب كل شيء[١] الا مثله قال طاووس ، قلت لابن عباس كيف ذاك قال ذاك[٢]

= شريت ، ولا اعلم قائلاً بذلك فان قال به احد فهو أسعد بالعمل بالأحاديث ثم رأيت في فتح الباري ان الايواء الى الرحال خرج مخرج الغالب ولم يذكر دليلاً على انه خرج مخرج الغالب ، بل ذكر ان في بعض طرق مسلم عن ابن عباس كنا نبتاع الطعام فبعث علينا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه .

(١) قوله : ولا أحسب كل شيء إلا مثله ، اقول : أي مثل الطعام لأنه لا يباع حتى يقبض ، قلت وقد جاء هذا الحسبان صريحاً فيما اخرجه احمد من حديث حكيم ابن حزام انه صلى الله عليه وآله وسلم (قال له اذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه) وهو عام لكل مشترى لأنه نكرة اعني ضمير شيئاً واقعة في سياق النهي اذ الحق كما قاله الرضى في شرح الكافية ان الضمير كمرجعه أخرجه أبو داود والدارقطني من حديث زيد ابن ثابت انه صلى الله عليه وآله وسلم (نهى ان تباع السلع حتى يحوزها التجار الى رحالهم) وهو عام أيضاً وحديث النص على الطعام تخصيص لبعض افراد العام بحكمه زيادة في الزجر عنه لأنه الأعم بيعاً وشراء واخرج أبو داود عن ابن عمر قال ابتعت زيتاً في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني به ربحاً حسناً فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي فإذ زيد بن ثابت قالا لا تبعه حيث ابتعته فان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى ان تباع السلع حتى يحوزها التجار الى رحالهم . وبهذا تعرف ان قول الشارح فالقياس تخصيص الحكم ببيع الطعام لا وجه له ثم تخصيصه ببعض صور بيع الطعام وهو الجزاف لا وجه له بل يرده لا حتى يختلف الصاعان كما اخرجه الدارقطني وابن ماجة عن جابر (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البايع وصاع المشتري فانه ظاهر في غير الجزاف). واعلم ان الأحاديث وردت بذكر النهي عن البيع لما لم يقبض لا غيره من التصرفات فلك ان تقول انه يختص النهي به فقط ودليل ذلك قصة البكر فانه صلى الله عليه وآله وسلم تصرف فيه بالهبة ولأن الأحاديث كلها وردت بلفظ النهي عن البيع فابداله بالتصرف العام لكل تصرف نظير ابدالهم النهي عن الأكل والشرب في أنية الذهب والفضة بالاستعمال والاقتصار على النص النبوي والواجب اذ به يجتمع الأحاديث على انهم قد خصصوا من منع التصرف قبل القبض العتق والوقف ، قالوا يصحان فيه قبل قبضه وكذا اذا جنى المشتري عليه قبل قبضه تلف من ماله فتعميم المصنف بمنع كل تصرف خلافهما اي الأحاديث والقاعدة ، وتخصيص الشارح بالطعام المشتري جزافاً خلافهما ، ولا اعلم هل خالف احد في هذا كان اسوة لنا والا فلاوحشيه مع الدليل بل به يجتمع شمل الأحاديث ولعلها تكون لنا عودة الى هذا في كتاب الاجارة زيادة في التذكير .

(٢) قوله : ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجى ، اقول : ما يظهر مناسبة جواب ابن عباس لسؤال

دراهم بدراهم والطعام مرجى يشير إلى أن ذلك يستلزم ربا الفضل ايضاً قلت لكن لا يتمشى الا اذا كان المشتري هو البايع ثم تعميم المصنف لمنع كل تصرف منقوض بما عند البخاري من حديث ابن عمر في قصة حاصلها ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم اشترى من عمر بكراً كان ابنه راكباً عليه ثم وهبه النبي صلى الله عليه وآله وسلم لابنه قبل قبضه فالقياس تخصيص الحكم ببيع الطعام المشتري جزافاً قبل نقله ﴿**و**﴾ **منها انه** ﴿ **يبطل البيع بتلفه** ﴾ وليس المراد من البطلان عدم الانعقاد بل عدم وجوب الابدال له لأن ذلك هو معنى تعينه فلو جعل الفروق بطلانه بتلفه ﴿**واستحقاقه و**﴾ بأنه ﴿**يفسخ معيبه ولا يبدل**﴾ فروعاً للتعيين حتى يكون الفرق منحصراً في التعيين وعدم جواز[١] التصرف فيه قبل القبض لكان هو الصواب ﴿ **والثمن عكسه في ذلك** ﴾ فلا يتعين ويتصرف فيه قبل قبضه وقال الناصر والمؤيد والامام يحيى يتعين النقد إن عين وإن كان ثمناً كما يعين في الصرف لحديث لا تبيعوا الذهب بالذهب ، الخبر سيأتي ولتعينه في الغصب والشركة والوديعة والرهن **وأجاب المصنف**[٢] بدعوى الاجماع

= طاووس فهذه من مسائل الربو والكلام فيما يباع قبل قبضه فينظر ثم نظرنا في فتح الباري ، فقال معنى كلام ابن عباس انه اذا باعه المشتري قبل القبض وتأخر المبيع في يد البايع فكأنه باع دراهم بدراهم .
وفيه تأمل من قبل ان العلة في النهي عن البيع قبل القبض مجهولة ، لنا انما يجب علينا الامتثال وابن عباس انما قال كأنه باع دراهم بدراهم ، ولو كانت العلة هذه لكان بيع ما لم يقبض من صور الربو وليس منه اتفاقاً .

(١) قوله : وعدم جواز التصرف فيه قبل القبض اقول : اما هذا فليس من فروع التعيين الذي هو الوجود اذ الغرض ان المبيع موجود لكنه لم يقبض فتأمل .

(٢) قوله : وأجاب المصنف بدعوى الاجماع على جواز التصرف فيه قبل قبضه ، أقول : قال عليه المنار لا جامع بين كونه في الذمة وبين كونه لا يتعين في حال ولا جامع بين صحة التصرف فيه قبل قبضه ، وبين عدم التعيين ايضاً أعني جامعاً به التساوي بحيث يلزم من هذا ذاك لم يفرق بينهما على اننا نقول الثابت في الذمة متعين ولا يقوم غيره مقامه الا بالتراضي ، ويكون الغير بدلاً عنه لا عن المبيع وايضاً يلزمهم حيث يثبت القيمي في الذمة ما ادعوه للمثلى نقداً كان أو غيره وقد اقروا بتعين المثلى غير النقدين ، وبأن ما في الذمة كالحاضر . قلت قوله ان ما في الذمة متعين لا يخفي انهم أرادوا بالتعين الوجود الخارجي ولذا قابلوه بالعدم وقوله ايضاً حيث ثبت الخ يقال قد التزموا ما لزمهم واخرجوه من الضابط كما ستعرفه فالحق ان المبيع لا بد من تعيينه اي كونه موجوداً لحديث حكيم بن حزام الا ما اخرجه الدليل كالسلم واما الثمن فلم يرد دليل بتعيينه ولا بعدمه والغالب في البيوع التداين من قبل عصر النبوة ، ثم اقر الله ذلك وأنزل آيات في الدين ، واستدان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

على جواز التصرف فيه قبل قبضه وان البيع لا يبطل بتلفه وان عين والثاني مصادرة لأن البيع بتلفه يفسد عند المؤ يد ، بمعنى انه لا يلزم قبول البدل الذي هو معنى البطلان واما جواز التصرف قبل القبض فمنعه مختص بالطعام خاصة لما تقدم من تصرف النبي صلى الله عليه وآله وسلم في البكر قبل قبضه واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عن ثمن[1] الصرف والسلم فانه لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وقد عرفت ما عليه .

ثم لو أخر المصنف الفروق المذكورة عن قوله ﴿ **والقيمى والمسلم فيه مبيع ابداً** ﴾ لكان [2] هو الصواب لأن الفروق من أحكام كل منهما وبيان ذات الشيء مقدم على بيان حكمه على انه سيأتي تصحيح المصنف للسلم في الدراهم والدنانير ، فان حكم بانها مبيع لم يصح قوله الآتي كالنقدين يريد أنهما ثمن ابداً وان حكم بانها ثمن لم يصح قوله ، والمسلم فيه مبيع أبداً فلو قال والقيمى مبيع أبداً وكذلك المسلم فيه غالباً ليحترز من السلم في النقدين لكان صواباً ، على ان كون المسلم فيه مبيعاً مع ان من شروطه الكون في الذمة مما لم يستند الى

وغيره والأثمان معدومة فدعوى تعين شيء منها لا دليل عليه ناهض عين ام لم يعين وتعين النقود في الغصب ونحوه لأدلة خاصة ولا يتحقق جامع يتم به الالحاق فليتأمل .

(١) **قوله** : عن ثمن الصرف والسلم ، اقول : أي ثمنهما لأنفسهما واعلم ان الأدلة على عدم صحة بيع المعدوم وعلى عدم صحة البيع للمبيع قبل قبضه هي ما سلف من النصوص واما بطلان البيع بتلف المبيع واستحقاقه فلأنه بالتلف واستحقاق الغير صار معدوماً في ملك بايعه واما ان الثمن لا يبطله شيء من هذا فلأنه جازكونه معدوماً فلم يتفرع على ذلك شيء من احكامه ، والتصرف فيه قبل القبض لا دليل على منعه ، والأصل عدم الحكم ، بل اخرج الخمسة من حديث ابن عمر (قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقلت اني لأبيع الابل بالبقيع فابتاع بالدنانير وأخذ الدراهم وابتاع بالدراهم وأخذ الدنانير قال لا بأس ان تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء) قال ابن تيمية فيه دليل على جواز التصرف في الثمن قبل قبضه .

(٢) **قوله** : لكان هو الصواب ، أقول : قد سلك هذا الصواب الاثمار وأعلم ان المعاملات دايرة بين المثلى والقيمى فالمثلى ما استوت اجزاؤه وقل التفاوت فيه وكان له مثل في الصورة وما لم يكن فهو القيمى ، قيل فالمكيلات والموزونات والمعدودات مثليات اذا تساوت في الصفات أو تفاوتت ، ومعنى التفاوت ان يكون تفاوتها مع اختلافها قدر نصف عشر القيمة فما دون ، وأما ما عداها فلا يقضي بأنها مثلية وأن وجد فيها ما يساوي في القيمة ، كذا في شرح أبن بهران فالمبيع قيمى وقد يكون المبيع مثلياً اذا كان مسلماً فيه أو معيناً غير النقد أو قويل بالنقد فان المثلى في هذه الصورة يكون مبيعاً ، والمثلي هو الثمن وقد يكون مبيعاً كما في الصور الثلاث الماضية .

دليل ، كيف وقد قال الفرا في تفسير قوله تعالى (وشروه بثمن بخس) ان الثمن ما يثبت[١] في الذمة وهو من ايمة اللغة .

وأما الاستدلال على كونه مبيعاً بحديث من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره كما سيأتي فمبني على ان ضمير غيره مراد به غير الذي أسلم ليكون ذلك نهياً عن التصرف فيه قبل قبضه الذي هو خاصة المبيع وهو وهم [٢] وانما المراد انه لا يصرف ما ثبت في ذمة المستسلم الى بدل له في ذمته لان ذلك من بيع الكالي بالكالي فالحق ان للمسلم فيه احكام الثمن لحصول خاصة الثمن فيه وانتفا خاصة المبيع فيه وهي التعين ﴿ **وكذلك المثلى غير النقد** ﴾ يكون مبيعاً ﴿ **ان عين** ﴾ أي حضر ولو في الذمة ﴿ **أو قوبل بالنقد** ﴾ على ان القضية مانعة الخلو لصحة آجتماع طرفيها وكذا المقابل بالنقد قد يكون مسلماً فيه ﴿ **والا** ﴾ يعين المثلى ولا قابله نقد ﴿ **فثمن أبداً كالنقدين** ﴾ فانهما ثمن أبداً ان لم يسلم فيهما كما تقدم الا أن ههنا [٣]

---

(١) **قوله** : الثمن ما يثبت في الذمة ، أقول : يلزم ان يكون ما في ذمة مشتري المعدوم ثمناً ، ثم انه يقال فأين المبيع في السلم لانه لا شك انه معاوضة لا بد فيها من أمرين مختلفين مبيع وثمن ولا ريب ان ما يسلمه المتسلم ثمن ويلزم انه والمسلم فيه ثمن على هذا فاين المبيع ، والظاهر ان مراد الفرا ان صحة الرواية ان الثمن ما من شأنه ان يثبت في الذمة فالنقد الحاضر ثمن وان من شأنه الثبوت في الذمة والمسلم فيه غير النقد ليس من شأنه الثبوت في الذمة ، بل من شأنه الحضور الا انه لما اباحه الشارع ساوى الثمن في خاصته وليس بثمن ، نعم ان كان المسلم فيه نقداً فهو باعتبار ان من شأنه الثبوت في الذمة ثمن لانه من الاثمان وبأعتبار انه مسلم فيه مبيع ثم الذي في القاموس ثمن الشيء محركة ما يستحق به ذلك الشيء وفيه ان الذمة بالكسر العهد والكفالة ، ولم أر فيه المعنى الذي ذكره الشارح عن الفرا ، وأما الذمة بالمعنى الذي أراده الفقها ففي المصباح انها الضمان في عباراتهم وقد جاءت كذلك في اللغة .

(٢) **قوله** : وهو وهم ، أقول : الحديث محتمل للمعنيين لكن يتعين الاول لئلا يلزم انه لا مبيع كما أسلفناه فهو نظير النهي عن بيع ما لم يقبض والحديث نص في ذلك فلينظر وفي جامع أبن الاثير من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره قبل ان يقبضه الا انه قال ، هذا لفظ رزين أعني زيادة قبل القبض .

(٣) **قوله** : الا أن ههنا بحثاً ، أقول : قد عرفت الدليل على جواز كون الثمن معدوماً وعلى جواز التصرف فيه قبل قبضه وأمتناع ذلك في المبيع لتغاير الاحكام بتغاير الماهيات فتعبيده وأما هبته ليترتب عليها أحكام التفرقة .

بحثاً وهو ان ما ذكر في بيان ماهية المبيع والثمن ان أراد أنه حقيقته اللغوية أو الشرعية فلا نقل للتخصيص [١] المذكور بل الظاهر في نحو قوله تعالى (ويشترون به ثمناً قليلاً) ان المراد أي عوض كان وان أراد أنه حقيقة عرفية لاهل الفروع فلا جدوى لذلك لان خطابات الشارع لا تحمل على عرف تجدد بعده بل يجب حملها على عرفه وقد عرفت ان مرجع الفرق الى التعين وعدمه وجواز التصرف قبل القبض وعدمه وعرفت ما في الفرق بذلك من ضعف ﴿ **فصل ويجوز معاملة [٢] الظالم ولو كافراً بيعاً وشراء** ﴾ لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان

---

(١) **قوله** : أي عوض كان ، أقول : قد سلف كلام القاموس وأن الثمن مسماه ما أستحق به الشيء وهو ظاهر في أنه أعم من النقدين الا أنه لا يخفى ان الحكم بكونهما ثمناً لا ينفي الحكم بان غيرهما ثمناً أيضاً .

(٢) **فصل ويجوز معاملة الظالم** ، أقول : ذهب أهل العلم الى أنه في الازمنة الآخرة قد التبست الاموال وأختلط الحرام بالحلال سيما بعد بغي بعض أهل الاسلام على بعض وانتهابهم الاموال المحرمة المعصومة وأنه لم يبق الحلال الخالص الا ما كان من أوراق الاشجار والمياه في القفار ولان الناس لا يتحرجون في الربو ولا يتحرون على واجب الزكوات والوصايا والأوقاف وأنه لا يحل شيء تلبس به الناس ، قلت وهو تهويل ليس عليه تعويل وقد عكس هذا بعض الصوفية فقال المال مال الله والعباد عباد الله فيأخذون ماشاؤا على أي صفةأرادوا ولايحرمون شيئاً والكل إفراط وتفريط والحق ماكان عليه هدى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فانه بعث وقريش تعامل بالربو وبيع الخمر ونحوهما وكان بعد البعثة يباشرما يباشره أهل بلده ويأكل مما يكسبه وقد كان قرابته تعامل بالربو كعمه العباس ، ولذا قال صلى الله عليه وآله وسلم (ان أول ربا أضعه ربا العباس)وقد يقال هذا لا يتم به الاستدلال لانه لم يكن الربو قد حرم ولا الخمر فنقول معلوم انه بعد تحريمها عامل اليهود كما ذكره الشارح وأمواهم لا تخلو عن الأمرين ثم صحابته في المدينة كانوا يتجرون مع الكفار وغيرهم ومن بعد عصره وقعت قصة الحرة ونهبت المدينة وفي الناس بقية من الصحابة وفيهم أعيان التابعين ولم يتركوا ما هم عليه من الاكتساب ويقولون قد أختلط الحرام بالحلال ، وكذلك علماء الدين في كل عصر من أعصار الظالمين اكتسبوا بالتجارة والحرف وغيرها والاصل ان ما في يد المتصرفين ملك لهم لا يخرج عنه الا من علم أو ظن خلافه ، وقد أخبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم (ان الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات) فهذه الثلاثة الانواع باقية ما بقيت السموات والارض ، والعامل بسنته صلى الله عليه وآله وسلم يتبع الحلال البين ويجتنب الحرام البين ويستبري لدينه بترك الشبهات بل أبلغ من معاملاتهم الأخذ مما في أيديهم فقد ذكر ابن بطال في شرح البخاري عن العلامة ابن جرير الطبري والعلامة ابن المنذر جواز الأخذ مما في ايدي الظالمين وغيرهم الا ما تعين انه مظلمة بعينه لرجل معروف وحكاه ابن جرير عن

(يعامل العرب بعد تحريم الربو وهم غير منتهين عنه حتى مات ودرعه مرهونة في شعير عند أبي الشحم الظفري اليهودي متفق عليه) من حديث عائشة رضي الله عنها وعند البخاري من حديث انس ، وعند أحمد والترمذي وأبن ماجة والطبراني والنسائي وصححه من حديث ابن عباس ، وقال صاحب الاقتراح هو على شرط البخاري ، لكن لا يعامل الظالم الا ﴿ **فيما لم يظن تحريمه** ﴾ بدليل ينقل كون الاصل عدم المظلمة لان مجرد الشك لا يجب العمل به وان كان مسلكاً للورع المندوب اليه وأما قول المؤ يد ان الظاهر كون ما في أيدي الظلمة حراماً فانما أراد [١] بالظلمة ولاة الجور الذين يقبضون الحقوق بغير أهلية لانها غصب معهم وأموالهم بالنظر اليها حقيرة مغمورة ﴿ **و** ﴾ يجوز معاملة ﴿ **العبد والمميز** ﴾ خلافاً للامير الحسين مستدلاً بأن الأصل عدم الأهلية فيهما قيل الا للمعتاد من المحقرات وأستحسنه المصنف ، الا أنه قال هو لا يخالف ما في الازهار بناء على أن قوله ﴿ **ما لم يظن** ﴾ حجرهما يوافق كلام الامير وليس كذلك ، لان عدم ظن الحجر ليس ظناً لعدمه حتى يجوز العمل عليه على ان الظن

= الايمة من الصحابة والتابعين بهذا اللفظ وعين تسعة من الصحابة منهم أمير المؤ منين علي عليه السلام وابنه الحسن عليهما السلام ، وأحتج أبن المنذر على ذلك باقتراضه صلى الله عليه وآله وسلم من طعام اليهودي ورهنه درعه وذلك في آخر أيامه وقد وصفهم الله تعالى بأنهم اكالون للسحت واحتج ابن جرير بأمرين احدهما وجوب الحكم للفجار بما في أيديهم كوجوبه للاخيار على سوا في حكم الشريعة ، وثانيهما اباحة أخذ الجزية من أهل الكتاب وطيبه للمسلم مع العلم بان أكثر أموالهم أثمان الخمور والخنازير ، وأنهم يتعاملون بالربو وقد بسط القول في هذه المسألة السيد **محمد ابن ابراهيم الوزير** في كتابه قبول البشرىٰ وكذلك من قبله ابن تيمية في جواب سؤ ال ولم يحضرنا عند كتب هذه التعليقة وقد أوضحنا هذا في رسالة مستقلة سميناها القول المتين فيما يؤ خذ من عطايا السلاطين، وان كان خاصاً فيما يوجد في أيديهم بغير تجارة وبين الأخذ بتجارة والأخذ للعطية منهم ، فرق لا يخفى وذلك ان الذي في أيديهم مظالم ملتبسة يجب أخراجها وصرفها في المصالح فمن أعطوه من أهل المصالح فقد وافق مصرفه وتعين عليه قبضه ، لانه اذا وجب عليهم الصرف وجب على المصرف القبض وله دل من أتاه من السلطان شيء فليقبضه فانما هو رزق ساقه الله ، هذا معناه وفيه الأمر بالقبض وأما ما شروه وسلموا ثمنه من المظالم التي لديهم فانه لا يحل لهم اعطا اثمان مايأخذونه لنفسهم منها لان ما تحت أيديهم ليس لهم التصرف فيه الا بصرفه في مصارفه وبه تعرف انه لا يصح قياس معاملتهم بيعاً وشراء على جواز الأخذ لعطاياهم والأمر واضح .

(١) **قوله** : فانما أراد بالظلمة ولاة الجور ، أقول : يريد ان كلام المؤ يد خاص بولاة الجور وعقد المسألة لا عم من ذلك ، وقول المؤ يد الظاهر أي الغالب في الظن .

لا بد له [١] من مناط شرعي والا كان الواجب هو البقا على الاصل ، وأما قوله ﴿ **وهو بالخطر** ﴾ فكلام لا دخل له [٢] في الاحكام لانه كالسماء فوقنا ﴿ **و** ﴾ يجوز معاملة ﴿ **ولي مال الصغير** ﴾ ، وأما قوله ﴿ **ان فعل لمصلحة** ﴾ فبناء على أن [٣] الاصل في الاوليا عدم الصلاح كما هو المذهب الا أنه لا وجه للفرق بين أصل وأصل فإنه لم يشترط في جواز معاملة العبد والمميز تحقق الأذن المخالف للاصل ﴿ **و** ﴾ **ولي مال الصغير** ﴿ **هو ابوه** ﴾ وقال ابو يوسف ومحمد لا ولاية للاب بل للامام والحاكم أحتج المصنف بأن مناط الولاية رعاية المصلحة وحنوه على ولده يوجب مراعاتها أكثر مما يراعيها الامام ، وأجيب بالمنع بل مناط رعاية المصلحة كمال الورع المشترط في الامام والحاكم قلنا الحديث انت ومالك لابيك ، تقدم وذلك أكثر من استحقاق الولاية ، **قلت** والعدالة في الولي لا بد منها ولهذا [٤] سقطت الحضانة بالفسق كما تقدم ﴿ **ثم وصية** ﴾ أي وصي الاب وقال الشافعي وأصحابه الجد أقدم من وصي الاب لنا أنه كوكيل الاب في حيوية ووكيل الاب مقدم على الجد اتفاقاً قالوا حلول نظر الاب على الوكيل فارق بينه وبين الوصي والجد أحنى على الصبي لانه أب [٥] ﴿ **ثم الجد ثم وصية ثم الامام**

---

(١) **قوله** : لا بد له من مناط شرعي ، أقول : هو هنا العرف فان العرف جار بأن المحقر يأمر الولي والمالك الصبي والعبد ببيعها وشرائها .

(٢) **قوله** : لا دخل له في الاحكام ، أقول : له دخل في النصيحة لمن يريد معاملتهم والدين النصيحة فليس كالسماء فوقنا .

(٣) **قوله** : فبناء على ان الاصل في الاوليا عدم الصلاح أي للتصرف في مال من هو وليه والا ولى ان لا يقال الاصل الصلاح أو عدمه بل احوال الاوليا مختلفة ديانة وحذاقة وعفة ، فليس لنا قاعدة كلية نجعلها اصلاً .

(٤) **قوله** : ولهذا سقطت الحضانة بالفسق ، أقول : قدمنا لك الادلة على عدم سقوطها فتذكر ، وقد عول الشارح في الدليل على ولاية الاب على حديث انت ومالك لابيك وأحسن في ذلك الا أن قوله لأبيك مطلق يصدق على الأب غير العدل ايضاً .

(٥) **قوله** : لانه أب ، أقول : سماه الله ابا في قوله «ملة أبيكم إبراهيم» وفي قوله «يا بني آدم» وغيرهما ، الا انه لا يخفى ان دليل الشارح على استحقاق الأب الولاية حديث انت ومالك لابيك ، ولم يقولوا به في الجدقوله فان مناط الولاية رعاية تحقق المصلحة ، أقول قال عليه في المنار انه لا يكفي في اثبات الولاية ، وظاهر كلامه ان هذا عمدتهم ، قلت قد ثبت النص انه ولي النكاح والفروج آكد من المال فهو وليه بالقياس عليه ، وقد يناقش بانه لا ولاية له في مال البالغة مع ولايته في نكاحها ثم الظاهر انه

والحاكم ومنصوبهما ﴾ ولا ولاية لغير من ذكر من الاقارب **وآدعى المصنف الاجماع** على ذلك وما أدري [١] ما صحته مع قوله تعالى «وابتلوا اليتامى» وقوله تعالى «يسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير» فانهما ظاهران في أن أموال اليتامى كانت في غيريد النبي صلى الله عليه وآله وسلم وتولى غير الاب والجد من الاخوة والاعمام أكثر في الاخبار من ان نَعُدَّهُ **وبالجملة** فقوله تعالى «وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض» عموم يفتقر تخصيصه الى دليل غير دعوى الاجماع التي حاصلها عدم العلم بالمخالف ، لما علم من أن عدم العلم ليس علماً بالعدم وكما في الحضانة [٢] والميراث بشرط كمال العدالة ﴿ **و** ﴾ اذا تصرف الولي في مال الصبي ثم بلغ الصبي وأنكر مصلحته في البيع كان ﴿ **القول له** ﴾ أي للولي ﴿ **في مصلحة الشراء** ﴾ مطلقاً ﴿ **و** ﴾ في مصلحة ﴿ **بيع سريع الفساد** ﴾ من غير المنقول وانما قيدنا بذلك لئلا يكون قوله ﴿ **والمنقول** ﴾ أعم من سريع الفساد فيكون ذكر سريع الفساد مستغنى عنه على ان الشرط ليس سرعة الفساد بل مجرد خوفه ، لكن هذا التفصيل لا يتمشى على أصل الهادي في

= في زمانه صلى الله عليه وآله وسلم كانت أموال اليتامى بيد الابا وغيرهم من القرابة كما يأتي للشارح ، ولم يعترض صلى الله عليه وآله وسلم ذلك بل أقره وعليه نزلت الآيات «يسألونك عن اليتامى» ونحوها فالاظهر انه ليس للامام والحاكم الولاية الا اذا فرط القريب وظهرت خيانته ، فلا يخفى قوة ما يأتي للشارح قريباً .

(١) **قوله** : وما أدري ما صحته ، أقول : المصنف أدعى الاجماع على تقديم وصي الاب على الجد وعلى ولاية الجد بعده ولا كلام أنه لا صحة لهذا الاجماع ، فقد تقدم قريباً خلاف محمد وأبي يوسف بأنه لا ولاية للاب واذا كان لا ولاية له فلا ولاية لوصيه فانهما اذا نفيا الولاية عن الاب فبالاولى نفيهما لها عمن بعده فلا اجماع على الترتيب ولا على المرتبة ، وأدعى الاجماع على انه لا ولاية لاحد من الاقارب غير الاب والجد ، وهو الذي قال الشارح انه لا يدري ما صحته للآية ولا يخفى انه يقال الخطاب فيها للاوليا ، ولم تعين الآية احداً للولاية ، فوقع في ذلك الاختلاف فكل يرد الضمير الى من يراه ولياً ، نعم ما ذكره من ان أموال اليتامى كانت في أيدي غير من ذكر من الاوليا وفي أيديهم ايضاً يقوى عند الظن من تتبع السنن والسير النبوية فكم من شهيد وميت في عصره صلى الله عليه وآله وسلم لا يعلم انه صلى الله عليه وآله وسلم بحث عن اولاده الاطفال وهل هم عنده من ذكر من الاوليا ام عند غيرهم بل أقر كلا على ما كان عليه .

(٢) **قوله** : كما في الحضانة والميراث بشرط كمال العدالة ، أقول : فانهم جعلوا للارحام حقا في الحضانة كالخالة ، والارحام في الآية المراد بهم القرابة مطلقاً لا ما تعارفه الفرضيون ، وكان الاولى تقديم قوله بشرط كمال العدالة عن قوله والميراث فان شرطها خاص بالحضانة لا غير .

كون الاصل في الاوليا عدم الصلاح ولا على أصل المؤ يد في كون الاصل هو الصـلاح لان الظاهر عند كل منهما ما هو الاصل عنده في منقول وغير منقول سريع فساداً وغـيره بيعـاً أو شراء ، وأما قول المصنف أن الصحيح للمذهب هو التفصيل محتجاً بان الظاهر عدم المصلحة في بيع غير المنقول وسريع الفساد . فيكون كظهور التفريط فساقط لصحة حصول المصلحة في بيع غير المنقول كما لو تضاعفت قيمته اضعافاً لا تعتاد ولم يكن للصبي اليه حاجة مع تحصيل القيمة لمصلحة أكثر من المصلحة في بقائه وتجويز نقصان القيمة ولو تراخى الولي عن البيع كما فعل حسان [١] في بيع حصته من بيرحا صدقه أبي طلحة حتى قال الا أبيع صاع تمر بصاع دراهم ثم اشترا بها أموالاً جليلة فان التفريط يكون في ترك بيعه قطعاً **وبالجملـة** [٢] كمال الامانة وظهور الرشد في الولي هو المناط فمن كان بهذه الصفة فالقول قوله والا فالبينـة عليه ﴿ **و** ﴾ القول للولي أيضاً ﴿ **في الانفاق** ﴾ لمال الصبي عليه ﴿ **و** ﴾ أما ان القول قوله في ﴿ **التسليم** ﴾ لمال الصبي اليه فكذلك عندنا وقال الشافعي البينـة على الـولي ، لنـا انـه كالانفاق ورد بالفرق بأن الانفاق انما يكون في حال الولاية والرد انما يكون بعد انقطاعها ، والاصل عدمه وفيه نظر لانها في يده بعد ذلك أمانة فهي كالوديعة واللقطة ، فالقول قول الامين في الرد ، و ﴿ **لا** ﴾ يجوز ﴿ **الشراء من وارث** ﴾ ميت ﴿ **مستغرق** ﴾ ماله بالدين اذا كان الوارث ﴿ **باع** ﴾ التركة ﴿ **لا للقضاء** ﴾ للدين ﴿ **و** ﴾ لكنه اذا فعل أثم وأنعقد البيع موقوفاً ﴿ **ينفذ بالايفاء** ﴾ للدين ﴿ **أو الابرا** ﴾ منه والا فلا **أعلم** [٣] **أنهم اختلفوا**

---

(١) **قوله** : كما فعل حسان ، أقول : تأتي القصة في الوقف ان شاء الله تعـالى وهـو مثـال للبيع مع تضاعف القيمة ، وان كان حسان باع عن نفسه على أنه لا حجة في فعله الا ان كلام الشارح قويم اذ المدار على الصلحة فاينما تحققت اتبعها الولي .

(٢) **قوله** : وبالجملة كمال الامانة الخ ، أقول : هو كمـا قال فالقول قوله في الانفاق وأما في التسليم فالآية دلت على وجوب الاشهاد (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم) والقول انه أمر أرشـاد وندب خلاف الاصل في الأمر .

(٣) **قوله** : أعلم انهم أختلفوا هل الوارث خليفة ، أقول : أعلم ان الميت لا يخلو اما ان يخلف تركة تساوي دينه أو تزيد عليه أو تنقص عنه ، اولا يخلف شيئاً مع كون عليه دين ، أو يخلف تركه ولا دين عليه ، ولا خلاف انه ليس بخليفة حيث لا تركة ولا في ما زاد الدين على التركة وخلاف انه خليفة حيث لا دين وكذا في الزايد من التركة على الدين فاما اذا استوت التركة والدين ففيه الخلاف منهم من قال ينتقل الدين الى ذمة الوارث والتركة الى ملكه ، وقيل لا أستدل الاول بلام الملك في الحديث ،

هل الوارث خليفة ينتقل قدر التركة من ذمة الميت إلى ذمته لا ما زاد على التركة فيصح تصرفه في الكل غير موقوف على ايفا ولا إبراء، الا أن للغرماء مطالبة الوارث بقدر التركة وعليه قضا قدرها أو هو غير خليفة بحيث لا ينتقل قدر التركة الى ذمته ولا ينفذ له تصرف فيها لان حقوق الغرما انتقلت اليها لا الى ذمة الوارث ، ذهب الامام يحيى والفريقان الى الاول ، وذهب اصحابنا الى الثاني ، والذي ذكره المصنف قول ثالث مبني على اثبات ملك قوي وضعيف ، وللورثة هنا ملك ضعيف يصح به العقد في حال دون حال كما في ملك السيد لمدبره وهذا من تصور [١] إمكان الجمع بين أحكام النقيضين الذي اعتمده الحاكمون بأحكام الخيال . لنا ان قوله تعالى (من بعد وصية توصون بها أو دين) تقييد لاستحقاق الارث وهو ظاهر في تعلق الدين والوصية في المال لا بذمة الوارث والا لتعلقا بذمته حيث لا تركه رأساً وبطلانه وفاق ، قالوا حديث«من ترك مالا فلاهله ومن ترك كلا فعليّ» ، أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، قلنا المستغرق لم يترك مالا قالوا تجب مؤ اذنة الوارث في البيع ، قلنا للأولوية كالشفعة لا للملك **وأعلم** أن الاصل صحة كل بيع وقع فيه التراضي لقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض) منكم ومقابلة الباطل بالتراضي دليل ان ما حصل فيه التراضي ليس بباطل **اذا علمت هذي الاصل فاعلم أصلاً آخر وهو أن** الصحة ترتب ثمرة العقد عليه فالصحة كناية عن نفي الفساد الذي هو مقتضى النهي ، لانها وردت فيه مناه حكم فيها بالفساد من حكم بأن النهي للحظر وأن النهي للوصف يقتضي الفساد ، فكان الحكم بصحة ما لم يُنْهِ عنه عبارة عن عدم النهي عنه **اذا** تحققت هذين الاصلين علمت انه ما كان ينبغي للمصنف ولا لغيره التعرض لقوله ﴿ **وبيع**

= والكل العيال كما في النهائية وجوابه ان المستغرقة تركته لم يخلف مالا وبائيها تجب مؤ اذنة الوارث ، وجوابه للاولوية وأستدل الثاني بالآية وهي واضحة في انه لا شيء للوارث من تركة مستغرقة ، قلت : الآية ليست من محل النزاع فانها وردت بالحكم باستحقاق السهم لمن هو له بعد الوصية والدين ولا سهم لاحد في تركه مستغرقة ، فالاستدلال بها في غير محل النزاع ، نعم قد دلت الآية انه لا حق لاحد الا بعد الوصية والدين ثم ان خلافهم في الدين هل ينتقل الى الذمة ولم يذكروا الوصية وهي قرينته في الآية وقد أشار الشارح الى انها كالدين .

(١) **قوله** : وهذا من تصور امكان الجمع بين النقضيين ، أقول : كون لهم ملك ضعيف ليس للمصنف بل حكاه عن أبي مضر ، قال وهو ظاهر قول المؤ يد وهو الصحيح للمذهب ، والثاني انه ليس لهم ملك ضعيف ولا قوى وهو للقاضي زيد وهي الحق لعدم الدليل على خلافه فالبقا على الأصل .

كل ذي نفع حلال جايز ﴾ لبعض صور الصحيح التي ضمنها هذي الفصل لما عرفت من جواز كل بيع بالاصالة .

وانما الواجب [١] بيان مالا يجوز فيه البيع بما تضمنته المناهي الشرعية ثم يقال ويجوز ماعدا ذلك وأما ما يعتذر به من ان ما تضمنه هذا الفصل مما يتوهم دخوله في المناهي فذكر تصحيحه دفع لذلك، فمع أن حقه أن يذكر بعد ذكر المناهي لان مقام [٢] التخلية قبل مقام التحلية ينبني على ان الأصل في النهي التحريم وعلى أن مناهي البيع للوصف وعلى أن النهي للوصف يقتضي الفساد ، والمحققون على ان هذه المقدمات في هوة المنع لا يمكن التخلص منها كما حققناه في شرح الفصول . فقوله ذي نفع لا مالا نفع فيه كالاسد والنمر ونحوهما قالوا لأنه من أكل أموال الناس بالباطل ، اذ مالا نفع فيه باطل وجوز بيع القمري لصوته والطاووس للونه ، ولا وجه للفرق ، فان النفع عبارة عن الوصول الى غرض مقصود والغرض المقصود لا ينحصر في وجه ولو مجرد [٣] الاطلاع على حقيقة المبيع ومعرفة حاله وذلك

---

(١) **قوله** : وانما الواجب بيان ما لا يجوز فيه البيع ، أقول : قد يقال بيان ما لا يجوز بيعه قد أشتمل على ما نهى عنه بما تضمن من القيود التي بينها الشارح ، ثم أعلم أن الأصل في النهي التحريم ، ثم فانه يقتضي الفساد وقد قدمنا تحقيقه ولا فرق بين كونه للذات أو للوصف .

(٢) **قوله** : لان مقام التخلية بالمثناة الفوقية فخا معجمة من خلاه يخليه أي تركه ، والمناهي تروك ، وأما التحلية فهي كالأولى الا انها بالحا المهملة من التحلية والزينة ، وكأنه جعل الاوامر جليه باعتبار ان المأمور اذ اتى بها زينته عند الله تعالى وعند الناس ، ولا يخفى ان تركه المناهي كتركه السرقة وشرب المسكر حلية له ايضاً واجتمعا في كلمة التوحيد وقدم فيها النفي على الاثبات تقديماً لتخلية بالمعجمة على التحلية بالمهملة وبهما هنا يدخل العبد في التزين بالايمان والحلية به فبالنفي والاثبات كمال الزينة والحلية .

(٣) **قوله** : ولو مجرد الاطلاع على حقيقة المبيع ، أقول : واما حديث ابن عباس مرفوعاً ان الله اذا حرم اكل شيء حرم ثمنه ، أخرجه الحاكم والبيهقي باسناد صحيح ، فقد قال أبن القيم يراد به أمران ، أحدهما ما هو حرام العين ولا يبتاع جملة كالخمر والميتة والدم والخنزير وآلات الشرك ، فهذه ثمنها حرام كيفما انفقت ، والثاني ما يباح الانتفاع به في غير الاكل ، وانما يحرم اكله كجلد الميتة بعد الدباغ ، وكالحمر الاهلية والبغال ونحوها مما يحرم اكله دون الانتفاع ، فهذا قد يقال لا يدخل في الحديث وانما يدخل فيه ما هو حرام على الاطلاق ، وقد يقال انه داخل فيه ويكون تحريم ثمنه اذا بيع لاجل المنفعة التي حرمت منه فاذا بيع البغل والحمار لاكلهما حرم ثمنهما ، الا أن قوله كجلد الميتة بعد الدباغ مشكل لانه بعد الدباغ يباح الانتفاع به ولو بأكله لانه انما حرم لانه نجس فاذا دبغ صار طاهراً بالنص فلا يمنع عنه شيء من الانتفاعات وقبل الدباغ يحرم كل انتفاع به لانه ميتة فينظر .

من العلم الذي هو أعظم المنافع وأما اشتراط كون النفع حلالا فقد أحترز به عن نفع الدف والمزمار وعيدان اللهو ونحو ذلك فانه لا يجوز بيعها بناء على أن وسيلة الحرام محرمة ولهذا هدم النبي صلى الله عليه وآله وسلم مسجد الضرار ، وحرق **أمير المؤمنين عليه السلام** رقعة الشطرنج ، الا أن ذلك لا يتمشى الا فيما أنحصر [١] نفعه في الحرام ولا يتحقق الانحصار فيه في شيء حتى الدف فان التدفيف قد يباح في الاعياد والعرسات وربما جعل غربالاً أو نحو ذلك من الانتفاعات المباحة **وحاصله** ان الحرام ليس بلازم لوجود آلته لزوم الظل والتحيز للجسم واذا لم يكن لازماً له كان المحرم استعماله في الحرام لا مجرد بيعه والالزم [٢] حرمة بيع كل ما حرم أكله كالحمر الاهلية وغيرها وما صلح لحرام وحلال كالعنب يصلح للتفكه والسكر فلا يصح قوله ﴿ **ولو إلى مستعمله في معصية** ﴾ كالعنب يباع من الخمار [٣] فالصواب ان يقال لا الى مستعمله في معصية لتعلق التحريم ببيع وسيلة الحرام ممن علم من قصده التوصل بها اليه ، لان في النهي عن بيع العنب من عاصره حديث بؤ ريده مرفوعاً عند الطبراني [٤] في الاوسط

(١) **قوله** : الا فيما أنحصر نفعه في الحرام ، أقول : يأتي حديث القينات ومعلوم انه لا ينحصر نفعهن في الحرام بل فيهن منافع مباحة جمة ، وايضاً رقعة الشطرنج لا ينحصر في اللعب بها وح . لا يشترط الانحصار بل اذا كانت وسيلة الحرام صالحة له ولغيره حرم بيعها له كالدف ونحوه فلو باع الدف ليكون غربالا اوليضرب به فيما يباح فيه الضرب فهو ذو نفع حلال يجوز بيعه داخل تحت عبارة المصنف فليس مراده الا البقيع المحرم فمجرد صلاحية الشيء لما يحل منه وبما يحرم لا يحرم بيعه والا لزم تحريم بيع الزبيب والتمر والعسل والذرة ونحو ذلك لانها تصلح ان تكون خمراً فمن شراها ليفعلها خمراً حرم بيعها منه وحل ممن يأكلها وينتفع بها نفعاً جائزاً ، ومنه بيع الحمار الأهلي للاكل يحرم ويباح للركوب نعم المشكل قول المصنف ولو الى مستعمله في معصية فان صواب العبارة كما قال الشارح لا الى مستعمله في معصية كما دل له حديث تحريم بيع العنب ممن يتخذه خمراً وبيع القينات لاجل الغنا لا لاجل الخدمة أو التسري فانه جايز ، ولذا عبر صلى الله عليه وآله وسلم عن تحريم بيعهن بالقينات والقينة المغنية ، فعلق النهي بالوصف المحرم .

(٢) قوله : والالزم حرمة بيع ما حرم أكله ، أقول : يقال ملتزم حرمة بيع الحمار للاكل كما اسلفناه قريباً لا لنفع حلال كالركوب فلا وجه له ، نعم يرد على اطلاق عبارة المتن .

(٣) قوله : فالصواب ان يقال الخ ، أقول : هذا هو الصواب وتحريم بيع العنب من عاصره خمراً مذهب أحمد ومالك واتباعهما ، ومثل بيع السلاح من باغ على المسلمين وبيع الحرير ممن يلبسه وهو محرم عليه .

(٤) قوله : عند الطبراني بلفظ الخ ، أقول : في بلوغ المرام رواه بلفظ من حبس العنب أيام القطاف

(بلفظ من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه من يهودي أو نصراني أو ممن يتخذه خمراً فقد تقحم النار على بصيره) وعلى ذلك يحمل أيضاً ما أخرجه الترمذي من حديث أبي أمامة وقال غريب ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال (لا تبيعوا القينات المغنيات ولا تشتروهن ولا تعلموهن ولا خير في تجارة فيهن وثمنهن حرام) . وأحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عن بيع السلاح من كافر أو باغ لحديث عمران بن حصين (نهى عن بيع السلاح في الفتنة) رفعه البيهقي والبزار وأبن العربي وهو ضعيف ، والصواب وقفه كما علقه البخاري وأجاز ذلك الاخوان والأمير الحسين اذا لم يقصد الا مجرد بيع سلعته لا نفع المشتري به ومعونته **قلت** : ويستأنس له بحديث خباب بن الارث عند ابن حبان في صحيحه وغيره ، قال : كنت قيناً بمكه فعملت للعاص بن وايل سيفا فجيت اتقاضاه الحديث وان لم يكن فيه دليل لان ذلك قبل فرض الجهاد ، وفعل خباب بغير اطلاع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يكون حجة **واذا عرفت** ما قدمناه لك من أن مجرد امكان التوسل بالمبيع الى حرام لا يكفي في تحريمه حتى يقصد به الوجه[1] المحرم ، عرفت صحة ما ذكره الاخوان والأمير الحسين والالزم حرمة كل مبيع إذ ما من مبيع الا ويمكن التوصل به الى حرام حتى الطعام يتوصل به الى معصية الله ، وأما قوله ﴿ **أو** ﴾ الى مستعمله في ﴿ **واجب** ﴾ فلا وجه له لان ما يذكر بعد لو التي للربط يجب أن يكون مما يتوهم مخالفته في الحكم كما في زيد ولو كثر ماله بخيل ليكون دفعاً لتوهم المخالفة ، ولا يجري الوهم الى حرمة ما اشترى ليستعان به على واجب انما يتوهم حرمة ما يستعان به على معصية وكأن تمثيله بما يستعمل في الواجب بقوله ﴿ **كالمصحف** ﴾ اشارة الى قول ابن عمر بتحريم بيع المصاحف حتى قال وددت لو قد رأيت الايدي تقطع في بيع المصاحف ، ووافقه جابر في البيع لا في الشراء قال لان البيع ابعاد للبركة لا الشراء وذلك اجتهاد لا أصل له ثم تمثيل

= حتى يبيعه ممن يتخذه خمراً الحديث ، وقال : الحافظ ابن حجر اسناده حسن وأخرجه البيهقي في شعب الايمان عن بريده باللفظ الذي ساقه الشارح ، وقوله تقحم بالقاف والحا المهملة أي رمى بنفسه على علم بالسبب الذي أوجب تقحمه فيها .

(١) **قوله** : حتى يقصد به الوجه المحرم ، أقول : فكلما انحصرت منفعته في محرم لا يقصد به الا ذلك أو غلب استعماله له كذلك كالقينات ، وأما قول الترمذي ان حديث أبي امامة فيهن غريب فلأن مداره على عبدالله بن زحر بالزاي مفتوحة والمهملة ضعفه أحمد ، وقال أبو زرعة صدوق ، وقال النسائي لا بأس به عن علي بن زيد الالهاني ، وقالوا منكر الحديث الا أنه قد قال ابن القيم في اغاثة اللهفان له شواهب من الصحابة ومتابعات .

المصنف به بناء على وجوب تعلم القدر الواجب من القراءة في الصلاة وقد قدمنا لك في الصلاة ان التعلم من تحصيل شرط الواجب ليجب ولا يجب ، ثم بيع المصحف انما يتناول الاجسام من الكاغد والجلد والمداد [١] لانها هي المال لا ما تضمنته [٢] من المعاني فانها ليست بمال وقد عرفت ان البيع انما يكون لمال ﴿و﴾ يجوز البيع ﴿ **من ذي اليد** ﴾ الثابتة على المبيع كالمستأجر والغاصب والوديع والمرتهن ﴿ و ﴾ لكن ﴿ **لا تكون** ﴾ تلك اليد القديمة ﴿ **قبضاً** ﴾ بل لا بد من تجديد القبض بنقل ما ينقل ، والتصرف في غيره ، ﴿ **الا** ﴾ اذا جرى البيع ﴿ **في المضمون** ﴾ على ذي اليد ، وقال المؤ يد بالله وأبو حنيفة بل وفي غير المضمون كالوديعة [٣]

---

(١) **قوله** : والمداد ، أقول : في شرح ابن بهران انه انما يتناول العقد الجلد والكاغد دون المداد اذ هو مستهلك ودون الالفاظ المكتوبة ومعانيها إذ هنّ أعراض، لكن الكتابة صفة مقصودة فيرد المصحف ونحوه بما وجد فيه من الغلط والتصحيف اذا كان زايداً على المعتاد ينقص به القيمة .

(٢) **قوله** : لا ما تضمنه من المعاني ، أقول : الا ولى من الألفاظ لانها هي التي يراد تعلمها لا أداء الصلاة وان لم تعرف معانيها والألفاظ ايضاً ليست بمال على انه لا يخفى ان المقصود الاصل من شراء المصحف بل الكتب كلها انما هو الألفاظ الدالة عليها لا نقش الكتابة ولكن لما كانت الالفاظ موجودة في نقوش الكتابة وهي أحد الوجؤ ات الاربعة شرى الكاغد لحلول النقوش فيه ، وأما الجلد وان كان متصل به فله تنحيته اذ ليس مقصوداً كالكاغد ، وأما المداد فانه آلة النقش وقد صار مستهلكاً فلا قيمة له ، وأما معاني الالفاظ فهي كامنة فيها ككمون الالفاظ في النقوش ، هذا وقد عرفت ان المصنف يوجب الفاتحة وثلاث آيات في الصلاة ، فهي التي يجب تعلمها فكان صواب العبارة ان يقول ككاغد فيه الفاتحة وثلاث آيات ، عوض قوله كالمصحف .

(٣) **قوله** : كالوديعة ، أقول : الخلاف في الغيث للمؤ يد وجده والحاصل ان هنا ثلاث أيدي ، يد الامانة ويد الضمانة ويد العدوان ، فالاولى تحتاج الى تجديد قبض وخالف المؤ يد ، وثانية لا تحتاج تجديد قبض ، قال المصنف عن الفقيه على بلا خلاف ، الثالثة كيد الغاصب والسارق ، فقالوا : لا بد فيها من تجديد قبض ، دليل الاول ان يد الامين يد المالك ، فلا بد لمشتريها أي العين التي هي أمانة من قبض كالقبض للعين التي عند المالك بعد شرائها منه ، قال المؤ يد انما هي كيد مالكها الى وقت البيع وهو معنى قول الشارح محل النزاع في ان مجرد البيع لم ينقل العين عما كانت عليه فلا يكون قبضاً استدلوا ثانياً بانها لو تلفت قبل تجديد القبض تلفت من مال البايع ، لانها باقية في ملكه ولا تخرج عنه الا بتجديد القبض ، أجاب الشارح بان ذلك لان له حبس العين حتى يقبض الثمن ، فالمسألة مفروضة في أعم من ذلك ، وأما يد الغصب فهي يد أثم وضمان فلا بد من نقلها الى يد الملكية ، فهذا هو الفارق الذي فرقوا به بين الايدي الضامنة فتأمل .

قلنا يد الامين يد المالك ، قالوا : قبل الشراء لا بعده فمحل النزاع ، قلنا : لو تلف قبل القبض لتلف من مال البايع ، قالوا : محل النزاع بل من مال المشتري ، قوله ﴿ **غالباً** ﴾ قد أحترز به عن المغصوب فرقاً بين ما ضمن مع الأذن باليد كالرهن وبين ما ضمن لا معه كالغصب في أن اليد في الاول قبض لا في الثاني ، ولا يستند الى فارق صحيح لان استصحاب [١] اليد الاولى حاصل في الجميع والمستصحب انما يستصحب ما لم يعرض ما يوجب عدم الاستصحاب والا لجاز استصحاب صحة الصلاة بالتيمم عند رؤ ية الماء فيها كما ذهب اليه الشافعي فيما تقدم على أن استصحاب صحة التيمم هناك انما كان لعدم الدليل على كون رؤ ية الماء مفسدة للصحيح والأمر هنا بالعكس فان التمليك مفسد للايداع ونحوه ورافع له **نعم** يتجه اشتراط قبض ذي اليد في الفاسد لانه انما يملك بالقبض لا في الصحيح لان العقد كاف في الملك وأما تلفه في يد البايع من ماله ، فلانه لما ثبت له قبضه حتى يستوفي الثمن كان حكمه حكم الرهن ﴿ **و** ﴾ يصح بيع ﴿ **مؤجر** ﴾ أما من المستأجر فقد دخل في مسألة البيع من ذي اليد ﴿ **و** ﴾ أما من غيره فلأن عقد الاجارة لم يتعلق بمتعلق البيع ولهذا ﴿ **لا ينفسخ** ﴾ [٢] به الاجارة الصحيحة لتغاير المتعلقين وغاية الأمر ان تكون الاجارة عيباً اذا جهله المشتري فسخ به البيع ﴿ **الا** ﴾ ان الاجارة الصحيحة تفسخ فالبيع حين ﴿ **ان يباع لعذر** ﴾ محوج الى البيع لما سيأتي من أن الحاجة الى ثمن المؤ جر توجب للمؤ جر الانفراد بفسخ الاجارة الصحيحة لكن لا حاجة الى الفسخ مع صحة بيعها مؤ جر التغاير متعلق البيع ،

---

(١) **قوله** : لان استصحاب اليد الاولى حاصل في الجميع ، أقول : لا خفا ان اليد الاولى في الغصب ليست يداً لمالك ولا مأمونه بل يد عدوان ، فكيف تستصحب لان العدوان قد زال بشراء الغاصب العين ، فعادة اليد عليه للمالك فلا بد للغاصب المشتري من قبض مستجد لان القبض الاول ليس بقبض مأذون فيه فلا يتصور فيه استصحاب لان العدوان لا يستصحب بل الواجب الخروج عنه ، وأما الزامه بمسألة صلاة المتيمم عند رؤ ية الماء فباطل لان مسألة الغصب ليست من الاستصحاب فتأمل .

(٢) **قال** : ولا تنفسخ قال الشارح الأجارة الصحيحة بتغاير المتعلقين أي عقد البيع وهو العين وعقد الاجارة وهي المنافع ومعلوم ان هذا اختلاف لفظي والا فمعلوم يقيناً انه ليس المراد من الاعيان الا المنافع ، فالمستأجر يريد الانتفاع بالعين والمشتري كذلك ايضاً فكيف يشتري عيناً مسلوبة المنافع بل بعقد البيع انفسخت الاجارة بخروج المنافع عن ملك البايع فهذا التغير في المتعلقين لا يبيح بقا ملك المنافع ملك للبايع .

والاجارة الا أن لا يمكن بيعه مع بقا الاجارة فذلك عذر في فسخها ﴿ أو ﴾ حين أن يكون بيع المؤجر ﴿ **من المستأجر** ﴾ بشرط تجدد القبض بعد الشراء كما تقدم ، والا كانت اليد يد الاجارة استصحاباً لها كما تقدم وذلك معنى عدم الفسخ لجواز ان يكون الشراء رضا بعيب البيع بالاجارة ﴿ **أو** ﴾ حين يعلم المستأجر بالبيع فيسمح ﴿ **باجازته** ﴾ لان عقد البايع فسخ من جهته واجازة المستأجر فسخ من جهته ، فهو تفاسخ بالتراضي ﴿ **و** ﴾ اذا لم تنفسخ الاجارة بالبيع فان ﴿ **الاجرة** ﴾ ، ح ، ﴿ **للمشتري من** ﴾ وقت ﴿ **العقد** ﴾ قالوا لانه قد ملك الرقبة والمنفعة وفيه نظر لان البايع أستحق الاجرة بالعقد واستهلك المنفعة به وغاية ما يلزم انه استثنى بذلك منفعة المبيع مدة معلومة وذلك لا يفيد البيع ولا يبقى للمشتري حق في المستثنى لما سيأتي من جواز استثناء الحق مطلقاً ﴿ **و** ﴾ يصح بيع ﴿ **مجهول العين** ﴾ نحو ان يقول بعت منك شاة من هذه الغنم بشرط أن يكون ﴿ **مخيراً فيه** ﴾ أي في تعيين المبيع من تلك الغنم ﴿ **مدة معلومة** ﴾ بان يقول ولك الخيار في تعيين أحدهما كذا يوماً ، وقال الشافعي لا يصح [١] البيع سوى شرط الخيار ، كذلك أم لا لما في الجهالة حال البيع من الغرض ، قلنا يرفعه شرط الخيار ، **وأجيب** بأن الغرر انما يرتفع بالخيار في امضاء البيع لا في تعين المبيع ﴿ **و** ﴾ يصح بيع ﴿ **ميراث** ﴾ أو غيره من غنيمة ونحوها ﴿ **علم جنساً** ﴾ كالغنم والحرث ﴿ **ونصيباً** ﴾ ربعاً أو سدساً أو نحو ذلك وان جهلت كميات الغنم والحب وكيفياتهما مثلاً ، أما لو جهل الجنس أو النصيب لم يصح ، وقال المؤيد بالله يكفي التعميم بنحو ما ورثته من فلان او نصيبي من الغنيمة وان لم يعلم الجنس ولا النصيب لنا ان جهلهما أو أحدهما غرر ، وقد نهى عنه لحديث أبي هريرة عند مسلم وأحمد والترمذي وأبي داود والنسائي وأبن حبان بلفظ (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر وبيع الحصاة [٢] وهو في

---

(١) **قوله** : وقال الشافعي لا يصح البيع ، أقول : الشافعي منع بيع الغائب مطلقاً وهو أحد اقواله واحتج له الصحابة بالنهي عن بيع الغرر ورد بان بيع الغائب اذا وصف عن روية وخبرة ومعرفة فلا غرر فيه قال ابن حزم مما يبطل قول الشافعي انه لم يزل المسلمون يبايعون الضياع بالصفة وهي في البلاد البعيدة ويستدلون بحديث لا تبع ما ليس عندك والغائب ليس عند البايع ورد بانه لا خلاف في لغة العرب في صدق القائل عندي ضياع وعندي رقيق غائب وحاضر اذا كان كل ذلك ملكه وانما التدليس في المشتري الذي ليس في ملكه فقط .

(٢) **قوله** : وعن بيع الحصاة ، أقول : في النهاية هو ان يقول البايع والمشتري اذا نبذت اليك الحصاة فقد وجب البيع ، وقيل هو ان يقول بعتك من السلع ما تقع عليه حصاتك اذ رميت بها وبعتك من

الموطى من مراسيل ابن المسيب ، وهو عند أحمد وأبن ماجة من حديث ابن عباس ، وفي الباب عن سهل بن سعد عند الدار قطني والطبراني وعن أنس عند أبي يعلى ، وعن علي عند أحمد وأبي داود ، وعن عمران بن حصين عند ابن ابي عاصم ، وعن أبي عمر عند أبن حبان والبيهقي باسناد حسن صحيح ، قالوا تفسير الغرر مختلف فيه فقيل هو الخطر ، وقيل التدليس والاول [١] لا نزاع في صحته لحديث أبن عمر المتقدم (كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً) والجزاف خطر فيجب [٢] حمل الغرر على التدليس بأخفى العيوب ونحوه وما نحن فيه من المخاطر لا من التدليس على ان الغرر حاصل في الكم والكيف ، وان انتفى في الجنس والقدر ، فكان يجب ان لا يصح مع جهل الكم والكيف ، وقد صح اتفاقاً **قلت قد ذكر الأمير** في التقرير انه لا بد في بيع الجزاف من مشاهدة المبيع ، قال وهو ظاهر قول أبي طالب وأبي العباس فعلى هذا لا يصح بيع الميراث المذكور الا بشرط المشاهدة .

كما هو ظاهر[٣] حديث ابن عمر في الجزاف ، ويشهد في ذلك حديث أبي هريرة عند ابي داود وحديث ابي سعيد عند الترمذي وقال حديث حسن غريب ان النبي صلّ الله عليه وآله

= الارض الى حيث تنتهي حصاتك ، والكل فاسد لانه من بيوع الجاهلية وكلها غرر لما فيه من الجهالة . فعطفه في الحديث من عطف الخاص على العام .

(١) **قوله** : والاول لا نزاع فيه ، أقول : أي ما علم جنساً ونصيباً ، قال المصنف والحجة ان الجهالة مع ذكر الجنس والنصيب قد ارتفعت . وهذا داخل تحت بيع الجزف وقد ثبت جوازه والجزاف يثلث جيمه والكسر أصح ، قال في النهاية هو بيع مجهول القدر مكيلاً كان أو موزوناً .

(٢) **قوله** : فيجب حمل الغرر على التدليس ، أقول : في النهاية نهى عن بيع الغرر وهو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول ، وقال الازهري بيع الغرر ما كان على غير عهده ولا ثقة ويدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان في كل مجهول . ولا يخفى انه شامل للتدليس وغيره فلا وجه لقصره عليه بل الاولا ان يقال خص بيع الجزاف لانه قد علم جنسه دون قدره ، وقوله ان الغرر حاصل في الكم والكيف ممنوع في بيع الجزاف فانه معلوم الكيف ، وتقدير الشارع لذلك دل على انه لا ضير في جهل الكم ، ويدل له ما عند مسلم من حديث جابر قال (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر) قال ابن تيمية انه يدل بمفهومه على انه لو باعها بغير جنس التمر لجاز .

(٣) **قوله** : كما هو ظاهر حديث ابن عمر اقول ليس في حديث ابن عمر ظهور على المشاهدة بل عبارته اعم من ذلك نعم الاصل انه لا يشتري الجزاف حتى يعلم عينه الا انه لا يستلزم رؤية المبيع كله وفي المنهاج

وسلّم نهى عن بيع الغنيمة قبل القسمة ولكنه يعكر عليه تصحيح بيع الغائب ولا مخلص من هذه الاشكالات الا بحمل مناهي البيع غير الربو على الكراهة[٢] كما حمل الأمْر بالاشهاد فيه على الندب ، ونفي الكراهة لا يقتضي الفساد ﴿ و ﴾ يصح بيع ﴿ **نصيب من زرع** ﴾ بشرط ان يكون ﴿ **قد استحصد** ﴾ زيادة السين مبالغة في الحصد كانه قد طلب الحصد وقال زيد والمؤ يد والامام يحيى والفريقان وان لم يحصد ايضاً ، لنا حديث أنس نهى عن بيع الحب حتى يشتد ، احمد وابو داود والترمذي وابن حبان والحاكم وغيره ، وعندهم ايضاً من حديث نهى عن بيع العنب حتى يسود وصححه الحاكم وان كان الترمذي قال قد تفرد به حماد عن حميد

= للنووي ويكفي رؤية بعض المبيع ان دل على باقية كظاهر الصبرة لأن الغالب فيها عدم الاختلاف . واما حديث ابي هريرة فلا شهادة فيه على شرط المشاهدة لأنه نهى عن بيع الغنيمة قبل قسمتها ، ولو شوهدت بل الظاهر ان النهي عن بيعها قبل القسمة لأنه لا استقرار للملك فيها لجواز تصرف الامام في بعضها ونحوه ، فليس كاستقرار النصيب من الميراث ولو تم الدليل على شرطية المشاهدة لما اعكر عليه بيع الغائب لأنه يخص من العموم بدليله .

(١) **قوله** : على الكراهة ، أقول : الأصل في النهي التحريم كما علم في الأصول وانه يدل على الفساد كما قررنا فيما سلف في الجزء الأول والعدول عن الاصل لا وجه له ويأتيك ما لا يتم معه الحمل عليها واما حمل الأمر بالاشهاد على الندب مع كون الآية ظاهرة في الوجوب «واشهدوا اذا تبايعتم» فانه صرفه ما ثبت عند احمد وابي داوود والنسائي من أنه صلىّ الله عليه وآله وسلّم شرا فرساً ولم يُشهد عليه ثم انكر البائع انه صلىّ الله عليه وآله وسلّم شرا وقال هلم شهيداً فشهدخزيمةله وجعل شهادته بشهادةرجلين واوجب الاشهاد الظاهرية للآية ، قال ابن حزم في الآية وامر مغلظة مؤكدة لا يحتمل تأويلاً امر بالكتابة في المدينة الى أجل مسمّى وبالاشهاد في ذلك وفي التجارة المداراة كما امر الشهداء ان لا يأبوا امراً مسنوناً فمن اين صار عند هؤ لاء احد الأوامر فرضاً والآخر هملا ثم ذكر القائلين بوجوب الاشهاد في السلف ، ثم قال والقول بان الأمر للندب باطل الا ببرهان لان معنى الندب ان شئت فافعل وان شئت فلا تفعل ، قال ولا يفهم من اللغة افعل لا تفعل ان شئت الا ببرهان واطال في الاستدلال ثم ذكرحديث ابتياعه صلىّ الله عليه وآله وسلّم الفرس وأجاب بجوابين ، فالأول ان في رواتهعمارة بن خزيمة وهو مجهولة والثاني انه لا يكون الأشهاد الا بعد نفوذ البيع والتفرق بالأبدان والنبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم لم يكن قد سلم اليه الثمن ولا نفذ البيع وليس في الخبر انه صلىّ الله عليه وآله وسلّم ترك الأشهاد بعد تمام البيع وهو قادر عليه على ان وجوب الاشهاد انما عرف من نزول الآية فمن اين لهم انه كان حديث ابتياع الفرس بعد نزولها ثم قال ان من ترك الاشهاد فقد عصى الله والبيع تام فانه ما امر الله تعالى بالاشهاد الا بعد تمام البيع .

وسيأتي تحقيقه في بيع الثمار ان شاء الله . ﴿ وإلا ﴾ يكن قد احصد ﴿ فمن الشريك ﴾ يصح بيعه ﴿ فقط ﴾ لأن البيع انما يصح بشرط القطع والقطع انما يكون عند القسمة والقسمة لا تكون الا عند الحصاد فاذا كان البيع من الشريك زال المانع المذكور لعدم الحاجة الى القسمة الا ان القياس صحته من غير الشريك وله خيار تعذر التسليم على ان زوال مانع القسمة لا يزيل مانع النهي عن بيع الحب حتى يشتد فانه عام[١] للبيع من الشريك ومن غيره فهذا رجوع الى قول زيد والمؤيد بجواز البيع قبل الصلاح ﴿ قيل و ﴾ يصح بيع اصل كل ﴿ كامن حتى يدل فرعه عليه ﴾[٢] كالبقل والثوم والجزر وأشار المصنف بلفظ القيل إلى ضعفه لما فيه من الجهالة **قلت** لكن لا يبقى للجهالة اثر في منع البيع بعد تصحيح بيع الغائب والقياس عليه ، وغاية ما يلزم خيار الرؤية ﴿ و ﴾ يصح بيع ﴿ ملصق ﴾ بغيره ﴿ كالفص ﴾ الملصق بالخاتم ﴿ ونحوه وان تضررا ﴾ يعني الملصق والملصق به لعموم واحل الله البيع وحرم الربو ولم يفصل واحترز بقوله ﴿ غالباً ﴾ من بيع الصوف اللاصق بالحيوان فانه سيأتي تحقيق عدم صحته ﴿ و ﴾ لكن بائع الملصق ومشتريه ﴿ يخيران قبل الفصل ﴾ لا بعده وما

---

(١) **قوله** : فانه عام للبيع من الشريك وغيره ، اقول : يدل له تعليله صلىّ الله عليه وآله وسلّم كما في حديث انس (نهى رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم عن بيع الثمر حتى يزهى قيل وما تزهى قال تحمر وقال اذا منع الله الثمرة بم تستحق مال اخيك) (اخرجه الشيخان) .

(٢) **قال** : وكان من يدل فرعه عليه ، أقول: قال ابن القيم ليس من بيع الغرر والغيبات في الأرض كاللفت والجزر والفجل ونحوها فانها معلومة بالعادة يعرفها اهل الخبرة وظاهرها عنوان باطنها فهو كظاهر الصبرة مع باطنها ، ولو قدر ان في ذلك ضرراً فهو غرر يسير يغتفر في جنب المصلحة العامة التي لا بد للناس منها ثم انه جعل ابن القيم المعدوم ثلاثة اقسام كما قدمناه ، قال والثاني معدوم تبع للموجود ولو كان اكثر منه وهو نوعان : نوع متفق عليه ونوع مختلف فيه فالمتفق عليه بيع الثمار بعد بدو صلاح ثمره منها ، كما اتفق الناس على جواز بيع ذلك الصنف الذي بدأ إصلاح واحدة منه وان كان بقية اجزاء الثمار معدومة وقت العقد ولكن جاز بيعها تبعاً للموجود وقد يكون المعدوم متصلاً بالموجود وقد يكون أحياناً اخر منفصلة عن الموجود ولم يخلق بعد والنوع المختلف فيه بيع المقاثي والمباطح اذا طابت فهذه فيها قولان احدهما ان يجوز بيعها ويأخذها المشتري شيئاً بعد شيء كما جرت به العادة ويجري مجرى بيع الثمرة بعد بدو صلاحها وهذا هو الصحيح من القولين الذي استمر عليه عمل الأمة ولا غناء لهم عنه ولم يأتِ بالمنع عنه كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا أثر ولا قياس صحيح ، وهو مذهب مالك واهل المدينة واحد قولين في مذهب احمد وهو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية .

ادرى عن هذا الخيار من أي انواع الخيارات الآتية هو وقد قال الامام يحيى لا خيار الا للتفرد، لحديث لا ضرر ولا ضرار على انه مستلزم لثبوت الخيار مع الغبن الذي لم يجهل ايضاً لما فيه من الضرر وذلك مؤد الى عدم الثقة ببيع رأساً ﴿ و ﴾ يصح بيع ﴿ **صبره** ﴾ لا تستلزم الربو كالطعام بالطعام لحديث جابر عند مسلم والنسائي والحاكم نهى رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم عن بيع الصبرة من الثمر-لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر ولفظ النسائي من الطعام بالصبرة من الطعام ﴿ **من مقدر كيلاً او وزناً او عدداً او ذرعاً مستوٍ او مختلف** ﴾ أشخاص ذلك المقدر وبيع الصبرة انواع ايضاً لأنه يكون بيع الصبرة ﴿ **جزافاً** ﴾ اي معلقاً بجملة الصبرة المجهولة المقدار فيصح لحديث ابن عمر المقدم في ابتياعهم الطعام جزافاً وقيس عليه الموزون[1] والمعدود والمذروع بجامع المقدارية لكنه انما يصح بشرطان يكون البائع ﴿ **غير مستثن** ﴾ لعدد من مقاديرها معين لأن بيعها انما يصح للعلم[2] بها بالمشاهدة جملة ومع الاستثناء لمقدار منها لا يبقى علم بجملة المبيع ولا بتفصيله ﴿ **إلا** ﴾ ان يستثنى جزاء ﴿ **مشاعاً** ﴾ منها نحو ربعها ثلثها صح بيع ما بقي لبقاء العلم بالمبيع جملة واما قوله ﴿ **او مختاراً** ﴾ بمعنى انه يصح ان يستثنى عدداً يختاره فمبني على ان الاستثناء انما لم يصح للتشاجر في تعين المستثنى فاذا قيد بان يكون مختاراً ذهب التشاجر الموجب للجهالة ولكن هذه علة لا توجد في المستوى وانما توجد[3] فيه العلة التي ذكرناها ﴿ **او** ﴾ يكون بيع الصورة بلفظ

---

(١) **قوله** : وقيس عليه الموزون ، الخ. اقول: يتأمل في صحة القياس فان بيع الجزاف ربما يدعى انه على خلاف القياس فلا يقاس عليه وعلى تسليم انه جار على القياس فكون العلة المقدارية لا دليل عليه فالاولى الاقتصار على ما ورد به النص وهو الطعام جزافاً لا غيره في المكيل فقط.

(٢) **قوله** : للعلم بها بالمشاهدة ، اقول : هذا بناء على ما قدمه من شرطية المشاهدة واما المصنف فعلله في الغيث بانه اذا استثنى جزءاً غير مشاع ولا مذكور الخيار فيه مدة معلومة كان المبيع غير معلوم ولا جملة ولا تفصيلاً وفي الاثمار وزاد بعد لفظ جزافاً حاضرة، وفي شرح ابن بهران ان بيع الصبرة على ما ذكر يصح بشرط ان يكون تلك الجملة حاضرة مشاهدة او في حكم المشاهدة كالتي في ظرف حاضر فان لم يكن حاضرة ولا في حكمها كالحب الذي في مدفنه او بيته ولا يعلم قدره فان بيعه لا يصح عند ابي العباس وابي طالب وهو المذهب ، خلافاً للمؤيد والقاضي زيد وابي مضر فقالوا يصح ان علم جنسه لا ان جهل ، والشارح جمع بين العلتين ، حيث قال ومع الاستثنى الخ.

(٣) **قوله** : وانما توجد فيه العلة التي ذكرنا ، اقول : قال المصنف اما مع استثنى المشاع والمخير فيه مدة معلومة فانه يكون معلوماً جملة وقد قيد في المستثنى المخير فيه بكونه قدراً معلوماً ومثله بان يقول بعت

﴿ **كل كذا بكذا** ﴾ بمعنى ان يقول بعت منك هذه الصبرة كل مد منها بدرهم لكن يكون ثمن الجملة مجهولاً وهي المبيع لأن كل كذا بكذا يدل من الصبرة والبدل هو المقصود بالنسبة دون المبدل منه ، كما علم فلهذا قال ابو حنيفة لا يصح للاتفاق على انه لو قال بعت منك كل مد بدرهم لكان بيعاً مع جهل[1] المبيع والثمن **واجيب** بان جهالة المبيع مبنية على ان المبدل منه ساقط وهم وان قالوا بانه في حكم الساقط فلم يرددوا سقوطه من كل وجه والا لما بقي[2] مرجع للضمير ، وقد منع قولهم نجم الأئمة وغيره من المحققين ولو سلم[3] فذلك مختص ببدل الاشتمال والبعض والغلط ، واما بدل الكل فهو عطف بيان والمقصود بالنسبة هو المتبوع . واما لزوم جهالة الثمن ﴿ **فيخير** ﴾ المشتري ﴿ **لمعرفة قدر الثمن** ﴾ اي وقت معرفة قدره ، قال المصنف كما يخير في المرابحة لمعرفة قدره الا ان الخيار في المرابحة انما يثبت للخيانة لأنه غرر تدليس وكلامنا في غرر الخطر واظهر من ذلك القياس على خيار المشتري للغائب عند رويته

= منك هذا الرمان الا ثلاثاً منه اختارها في ثلاثة ايام وبهذا تعرف ان العلة في المشاع والمخير واحدة وهو ان الاستثنى على أي هاتين الكيفيتين لا يؤثر جهالة في المبيع فيصح ومثل تعليل المصنف علل به ابن بهران في الصورتين معاً لا بما ذكره الشارح من دفع التشاجر على انه لا ضير في تعليل احد الحكمين بعلة كما ذكره والآخر بغيرها ، واعلم انه اسقط الشارح من كلام المصنف مدة معلومة وتقدم في المثال .

(١) **قوله** : مع جهل المبيع والثمن ، أقول : اي مقدار هما جملة وتفصيلاً والا فقد علم العلم الجملي بهما فعلى هذا لا بد عند ابي حنيفة ان يكون المبيع والثمن معلومين تفصيلاً فنرد عليه انه لا يصح بيع الجزاف الا ان يقال اذا حصل العلم التفصيلي بالثمن اغتفرت جهالة تفصيل المبيع واما هنا فجهلا جميعاً .

(٢) **قوله** : والا لما بقي مرجعاً للضمير ، أقول : هذه احكام لفظية لا دخل لها في المعنى الذي تعلق به الحكم فانه لا يخفى انه لم يقع العقد الا على كل مد بدرهم ولذا ثبت له الخيار واما ان نجم الأئمة خالف النحاة فنعم فانه لم يثبت ما اثبتوه من بدل الكل من الكل وجعلهم عطف البيان قسماً آخر بل جعلهما قسماً واحداً هما عنده بدل الكل من الكل ولا يقول ان الأول في حكم الساقط بل جعل فائدته الابهام اولاً والايضاح ثانياً وكلامه الحق .

(٣) **قوله** : ولو سلم ذلك لا ادري اسم الاشارة ما اراد به هل اذ سلم انه في حكم الساقط هذا لا يصح لقوله ففي بدل الاشتمال والبعض والغلط فان الأولين ليس في حكم الساقط ولا قاله النحاة فان هما مرجع الضمير اتفاقاً اذا قلت سلبت زيداً ثوبه او قطعت زيداً يده والشارح في شرحه على الكافية قرر ذلك بل اختار انهما عطف بيان كما بينه هنالك ، واما قوله والغلط فانه ليس الأول فيه في حكم الساقط ، بل هو ساقط حقيقة وغير مقصود لا لفظه ولا معناه فتأمل .

ولهذا قيل انه يثبت للمشتري هنا خيار معرفة قدر المبيع ايضاً ، على ان المصنف قد اثبت هذا الخيار للبائع عند جهله مقدار الصبرة وعلم المشتري كما سيأتي في الخيارات قال ولا يجدون الى الفرق بينهما سبيلاً **قلت وهو كما قال** والحق ان لا خيار في بيع الخطر كله لحصول الرضى بالخطر كالرضى بالعيب.

واما وضع الجوائح في بيع الثمار على الشجر فليس من الخيار بل من عدم القبض الموجب لتلف المبيع من مال البائع وانما الخيار في غرر التدليس لأنه خيانة فلهذا يثبت به الخيار في المرابحة والمصراة وغير ذلك ، وسيأتي تحقيقه في الخيارات ان شاء الله تعالى ﴿ **او** ﴾ يكون بيع المجموع من الصبرة ﴿ **على انه مائة بكذا او** ﴾ على انه ﴿ **مائة كل كذا بكذا** ﴾ قالوا ويثبت للمشتري خيار الروية في المختلف وهو خيار معرفة المبيع وقد عرفت ما هو الحق في مثله كما تقدم ﴿ **فان زاد** ﴾ المقدار ﴿ **او نقص** ﴾ عن المائة[1] التي وقعت وصفاً للبيع ﴿ **في** ﴾ الصورتين ﴿ **الاخرتين فسد** ﴾ البيع ﴿ **في المختلف** ﴾ الكيفية ﴿ **مطلقاً** ﴾ اي من اي المقادير كان بزيادة او نقصان لكن قال المصنف[2] في البحر لا يفسد في الزيادة بل ما

---

(١) **قوله** : عن المائة التي وقعت وصفاً للبيع ، أقول: في العبارة تسامح لأن الوصف مجموع الجار والمجرور اعني على انه مائة ثم لا يخفي انه ليس بوصف نحوي ، لأن الصبرة معرفة باللام وهو للعهد الخارجي لأن الصبرة معينة مشاهدة فهي مثل اغلق الباب والظرف انما يوصف به النكرات ، فهو هنا حال والحال كالوصف في المعنى لأن الكل قيد فالبيع مقيد والعقد وقع على مقيد فاذا انتفى القيد بزيادة او نقصان انتفى المقيد وهو بيع الصبرة فيبطل البيع ، فانه نظير قوله بعتك هذا العبد حبشياً ، فاذا انتفى كونه حبشياً بطل العقد لأن العقد لم يقع على مطلق بل على مقيد ، فهو المبيع والقيد والمقيد كلام واحد لا يثبت الحكم لأحدهما بدون الآخر ولا فرق بين مختلف ومتفق ، وبين والزيادة والنقصان على ان في كون هاتين الصورتين من بيع الجزاف تأملاً ، لأن الجزاف المجهول القدر كما في النهاية والمراد جهل المشتري لقدره ، وهنا لا جهالة فانه انما وقع هذا في بيع الجزاف جزافاً في البحث وامضت عليه القرون الأولى وحديث «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً» لا يدخل فيه هاتان الصورتان وهو دليل المسألة.

(٢) **قوله** : قال المصنف في البحر انه لا يفسد في الزيادة ، أقول : يريد ما في الأزهار موافق لما في البحر ، حيث قال فان زادت الصبرة او نقصت عن العدد المشروط فسد في المختلف مطلقاً لا في المستوى ، ثم نقل عن الامام يحيى انه استقوى قول ابي حنيفة انه في النقص يؤخذ بحصته والشارح نقل هذا من مسألة متقدمة مطلقة عن التفرقة ، وفي شرح الاثمار تعليل فساد العقد في صورتي الاختلاف

زاد فللبائع ان لم يدخل في العقد ولم يفرق في ذلك بين المختلف وغيره ، ولا بين الصورتين وقوله لعدم الفساد حق ، واما ان الزيادة للبائع فسهو لأن البيع قد علق بجملة الصبرة ، وانما قوله على انها مائة وصف للمبيع كعلى ان الأرض تغل كذا في الماضي ، ومثله لا يقتضي الجهالة حتى يثبت الفساد ولا يقتضي استحقاق البائع لما زاد كما لا يستحق زيادة الغلة **نعم لو اراد** بقوله على انها مائة كونه شرطاً للبيع لا وصفاً للمبيع لكان بطلان العقد لعدم الشرط الحالي لا للجهالة في البيع ولا في المبيع لكنه لا يبقى للفرق بين المختلف والمتفق والزيادة والنقص وجه ﴿ **و** ﴾ اما اذا كانت الزيادة والنقص ﴿ **في غيره** ﴾ أي غير المختلف فالـزيادة على كلام المصنف للبائع ، وعلى ما فصلناه لك للمشتري ، واما النقص فانه ﴿ **يخير** ﴾ المشتري ﴿ **في النقص بين الفسخ** ﴾ لانكشاف خلاف الوصف ﴿ **و** ﴾ بين ﴿ **الأخـذ** ﴾ للموجـود ﴿ **بالحصة** ﴾ من الثمن لكن لا وجه لاستحقاقه الأخذ بالحصة الا في الصورة الثانية لظهور تقسيط القيمة ، لا في الأولى لأن جملة الثمن لجملة الصبرة ، ولهذا قال ﴿ **الا المذروع** ﴾ اذا نقص ﴿ **في** ﴾ الصورة ﴿ **الأولى فبالكل** ﴾ يأخذ الموجود الناقص ﴿ **ان شاء** ﴾ ولا فسخ[١] لما عرفناك من ان الثمن للموصوف لا للوصف وتخصيص المذروع لذلك تخصيص[٢]

= المذكور ، انه اذا زاد تشاجراً هلا يرد الزائد من الصغار او من الكبار وان نقص تشاجراً هل ينقص ثمن النقص من الصغار او من الكبار.

(١) **قوله** : ولا فسخ ، أقول : هكذا نسخ الضوء ، وصوابه والا فُسخ اذ هو مفهوم ان شاء ، وعبارة المصنف في الغيث ان شاء المشتري اخذه وان شاء فسخه وقد وجد في نسخه من الضوء على الصواب.

(٢) **قوله** : تخصيص بلا مخصص ، اقول : في الغيث عن ابي مضر ان المذروع كالموزون يأخذه بحصته، قال المصنف رداً عليه ، لنا ان النقص في المذروع ليس نقص صفة لأن وصفه انما هو بالكبر والصغر ، وكبر الأرض ونحوها يزيد في قيمتها بخلاف زيادة المكيل والموزون ونقصانه فانه نقصان قدر او صفة كالحمرة ونحوها ولأن الزيادة تؤخذ بغير شيء فكما نأخذها بغير زيادة في الثمن كذلك مع النقصان لا ينقص لأجلها شيء . قلت قول المصنف انه اذا قال بعتك هذا الثوب على انه مائة ذراع بمائة درهم فبيع الثوب مقيد بكونه مائة ذراع فنقصه في الذرع نقص صفة وقع العقد عليها فلا فرق بينها وبين بعتك هذه الصبرة على انها مائة صاع ، واما قوله انما يوصف المذكور بالكبر والصغر حصر باطل بل يوصف بالرقة والخشونة وبأنه مائة ذراع والصفات والأحوال قيود للموصوف الذي عقد البيع عليه ، فاذا فقد القيد بطل البيع فلا فرق بين مذروع ومكيل وموزون فالصواب مع ابي مضر ويا عجباه كيف يقال انها تؤخذ بغير شيء الى مال يحل كذلك.

بلا مخصص هذا في نقص غير المختلف ﴿ و ﴾ اما ﴿ **في الزيادة** ﴾ فيه على الوصف فانه يجب على المشتري ﴿ **ردها** ﴾ للبائع لقول المصنف انها لم تدخل في العقد وقد عرفت ضعف قوله بكون الثمن للموصوف وهو الجملة لا للوصف ولولا ذلك لما صح قوله ﴿ **إلا** ﴾ الزيادة في ﴿ **المذروع فيأخذها بلا شيء في الأولى و** ﴾ اما اخذها ﴿ **بحصتها في الثانية** ﴾ فلظهور تقسيط القيمة على الحصص كما تقدم فيكون مخيراً بين ان يأخذها بالحصة ﴿ **او يفسخ** ﴾ لفوات وصف المبيع ﴿ **و** ﴾ يصح بيع ﴿ **بعض صبره** ﴾ سواء كان ذلك البعض جزاء ﴿ **مشاعاً** ﴾ نحو ثلثها[1] ربعها ﴿ **او مقدراً** ﴾ نحو مدين منها او ذراعين او رطلين او رمانتين لكن انما يصح في المقدار اذا ﴿ **ميز في المختلف** ﴾ قبل البيع ولا حاجة الى قوله﴿**وعينت جهته في مختلف المذروع**﴾لأن ذلك تمييز ، إلا ان البيع مع التمييز لا يكون بيعاً لبعض الصبرة اذ المراد بالبعض اذا اطلق هو المبهم لا المميز لما عرف في علم المنطق من الفرق [2] بين الجزئية والشخصية ﴿ **وكذا ان شرط الخيار** ﴾ أي شرط لأحدهما ان يختار ذلك المقدر ، ويميزه في ﴿ **مدة معلومة** ﴾ كل ذلك حذراً من الجهالة المستلزمة للتشاجر عند التمييز ﴿ **لا** ﴾ لو قال بعتك ﴿ **منها كذا** ﴾ مقداراً ﴿ **بكذا** ﴾ درهماً فانه يفسد البيع ﴿**ان نقصت**﴾ لاشتماله على بيع ماليس عنده لاإن وقت ﴿**أو**﴾ قال بعتك منها ﴿**كل كذا** ﴾ مقداراً ﴿ **بكذا** ﴾ درهماً ﴿ **مطلقاً** ﴾ سوى كانت مستوية الأشخاص او مختلفتها

---

(١) **قوله** : نحو ثلثها ربعها ، أقول : في البحر ان داوود يخالف فيما اذا قال بعتك من هذه الصبرة عشرة امداد ، قال اذ هو في التحقيق بيع ما في الذمة فيكون كالمعدوم قلنا بل باع قدراً معلوماً من موجود ، فصح فلو باع ثلثها او نصفها ، ولا يخفى انه لا فرق بين ما خالف فيه داوود ولا بين ما اقاس المصنف عليه كما قال في المنار فان الكل في الذمة اذ الموجود الخارجي ليس عين المبيع فانه لم يقع البيع على امر خارجي بل على مطلق لا يوجد في الخارج ! لكنه اذا عين على ما يصدق عليه صار خارجياً ولهذا شبهها المصنف بنصفها او ثلثها وكأنه متفق عليه ، مع ان له ذلك المشرب لأن المبيع مطلق يصدق على أي جزء منظماً الى اجزاء اخر تصير المجموع ثلثاً او نصفاً فهو كبيع ما في الذمة .

(٢) **قوله** : من الفرق بين الجزئية والشخصية ، اقول: الجزئية الحكم على موضوع تثبت كمية اجزائه بالبعضية والشخصية ما كان الموضوع فيها شخصاً فبعض الصبرة مبهم كما علله بان البعض اذا اطلق هو المبهم يقال عليه ومتى اطلق البعض هنا حتى يكون مبهماً فقد قيده بقوله جزءاً مشاعاً ومثله الشارح نفسه ، والمصنف ايضاً بان يقول ثلثها ربعها ولا ريب ان اضافتها الى ضمير الصبرة المعينة ، فاذا قلت شريت ثلث هذه الصبرة لي فانها اقرب الى ان يكون قصة شخصية ، والعجب من الشارح وعدم تحقيقه لما مثل به .

شرطاً لتخيير فيه او لم يشرط ﴿ **فيفسد** ﴾ لجهالة المبيع حيث لم يعلق بمقدار معلوم ولا بجملتها ﴿ و ﴾ اذا تعلق البيع بجملة ارض فانه يشترط في صحة بيعها ان ﴿ **تعين** ﴾ تلك ﴿ **الأرض بما يميّزها من اشارة أوحدٍ** ﴾ ان كفا واحد والا فلا بد من حدود جهاتها الاربع ﴿ **او لقب** ﴾ لها مشهورة به .

﴿ فصل ﴾

﴿ **فيما**[1] **لا يجوز بيعه من الأعيان** ﴾ ﴿ **و** ﴾ ﴿ **هذا هو المهم** ﴾ كما عرفناك سابقاً ﴿ **لا يجوز مطلقاً بيع الحر** ﴾ قال المصنف اجماعاً لقول علي كرم الله وجهه ليس على حر ملكه وهو توقيف . ولحديث الثلاثة الذين لا ينظر الله اليهم احدهم رجلاً استعبد رجلاً محرراً ، تقدم في الجماعة من كتاب الصلاة واراد بقوله مطلقاً سواء رضى الحر بالبيع او كره ﴿ **فيؤدب العالم** ﴾ للحرية ، وتحريم بيع الحر بائعاً كان او مشترياً لأن المسألة قطعية ﴿ **ويرد** ﴾ الثمن ﴿ **القابض** ﴾ له ﴿ **الا الصبي** ﴾ اذا قبض قيمة في نفسه او في حر غيره فانه لا يغرم ﴿ **ما** ﴾ كان قد ﴿ **اتلف** ﴾ لأن من مكنه من ماله فقد وضعه في مضيعة ﴿ **فان غاب** ﴾ بائع الحر غيبة ﴿ **منقطعة** ﴾ بل الغيبة التي يجوز معها الحكم ، وهي بريد لا غير ﴿ **فالمدلس** ﴾ على المشتري يغرم له لأن التدليس تسبيب والمسبب يغرم حيث لا يوجد المباشر ﴿ و ﴾ لكن المدلس له ان ﴿ **يرجع** ﴾ على المباشر ﴿ **وإلا** ﴾ يغب المباشر

---

(١) **فصل ولا يجوز بيع الحر** . أقول : اما ما اخرجه الطبراني في الكبير وفي غيره قال الحافظ المنذري وحسن بعض مشايخنا اسناده ، وفيه بعد من حديث ابي امامة « ان رسول الله صلّ الله عليه وآله وسلّم قال الا ادلكم على الخضر قالوا بلى يا رسول الله فحدثهم فيه حديثاً طويلاً فيه قصة وفيه ان رجلاً سأل الخضر بالله ان يتصدق عليه فقال ما عندي من شيء اعطيكه إلا أن تأخذني فتبيعني فباعه باربعمائة درهم الحديث» فان صح حمل على جواز ذلك في تلك الشريعة او على نحوه من التأويلات نعم ومن ذلك ما اخرجه الدارقطني في سننه ان رجلاً اتى رسول الله صلّ الله عليه وآله وسلّم فقال ان هذا الرجل يشير الى رجل اتى به معه اشترى مني ناقة ثم توارا عني فقال اعطه ثمنها فقال يا رسول الله استهلكته فقال انت سرق ، ثم قال للأعرابي اذهب فبعه في السوق وخذ ثمن ناقتك ، قال فأقامني في السوق فاعطي في ثمناً فقال للمشتري ما تصنع به قال اعتقه فاعتقني الأعرابي . « فيحمل على انه صلّ الله عليه وآله وسلّم قد علم بالوحي انه لا يتم بيعه واراد بامره ببيعه التغليظ في حقوق العباد والله اعلم . وكان ذلك الرجل يدعى من بعدها سرقاً بالاسم الذي سماه به النبي صلّ الله عليه وآله وسلم .

﴿ **فلا** ﴾ غرم على المدلس ﴿ **ولا** ﴾ يجوز بيع ﴿ **ام الولد** ﴾ وهي الأمَة التي علقت لسيدها بحمل ووضعته متخلقاً ، وادعاه ، وقال الباقر والصادق والناصر والامامية وهو قول الامام محمد بن المطهر وولده من متأخري ائمتنا ، يجوز ويصح ، لنا حديث ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً « ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة عن دُبُرٍ منه » احمد وابن ماجة والدارقطني والحاكم والبيهقي ، من طرق قالوا : مدارها على الحسين بن عبدالله الهاشمي ، قال الذهبي في الكاشف ضعفوه قلنا حديث « انه صلىّ الله عليه وآله وسلّم قال في مارية اعتقها ولدها » ابن ماجة من حديث ابن عباس ، قالوا فيه الحسين المذكور ، قلنا قال ابن حزم صح هذا بسند رواته[1] ثقات عن ابن عباس قالوا تعقبه ابن القطان بانه اخرجه عن محمد ابن مصعب وانما هو عن محمد ابن وضاح عن مصعب ، وهو ابن سعيد المصيصي ، وفيه ضعف ومعارض بحديث جابر عند احمد والشافعي والنسائي وابن ماجة والبيهقي ، كنا نبيع امهات الأولاد على عهد رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم لا نرا بذلك بأسا ، قلنا قال البيهقي ليس في شيء من الطرق ان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم اطلع على ذلك حتى يكون تقريراً منه ، قالوا زاد ابو داود وابن حبان والحاكم في حديث جابر وفي زمن ابي بكر فلما كان زمن عمر رضي الله عنه نهانا فانتهينا ويبعد ان يخفى التحريم الى زمن عمر رضي الله عنه لا سيما علي أمير المؤمنين كرّم الله وجهه ، فاخرج عبد الرزاق عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني سمعت علياً كرّم الله وجهه ، يقول اجتمع رأيي ورأي عمر رضي الله عنه في امهات الأولاد ان لا يبعن ثم رأيت من بعد ان يبعن ، قال عبيدة فقلت له فرأيك ورأي عمر في الجماعة احب الى من رأيك وحدك في الفرقة ، وهذا الاسناد معدود في اصح الاسانيد وكذا رواه البيهقي من طريق ايوب وقال ابن ابي شيبة حدثنا ابو خالد الأحمر عن اسماعيل بن خالد عن الشعبي عن عبيدة **عن علي عليه السلام** قال استشار عمر في بيع امهات الأولاد فذكره وهو ظاهر في ان حكم عمر بالتحريم انما كان عن رأي ومشورة لا عن نهي من رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم ، والا لما رجع امير المؤمنين كرّم الله وجهه واخرج ابن قدامة عن صالح عن احمد انه قال اكره بيعهن وقد باع علي ابن ابي طالب رضي الله عنه ، وهذا جزم من احمد بصحة بيع علي لهن **قلت**

---

(١) **قوله** : بسند رواته ثقات عن ابن عباس ، اقول: في الجامع الصغير نسبه الى ابن ماجة والدارقطني والحاكم ورمز عليه بالصحة ، الا انه كثر رمزه بها على ما ليس كذلك فلا تطمئن به النفس ، الا انك اذا تأملت ما في الباب من الأحاديث المتعارضة لم تجدها قوية على رفع الأصل الذي هو جواز البيع كما قوّاه الشارح وخالفه المنار ولم يأت بدليل الا فعل عمر.

وفيه دليل على جواز رجوع المجتهد عن المجمعين ان صح الاجماع ايضاً واما الاستدلال بما رواه في الجامع الكافي ان علياً عليه السلام اوصى لامهات الاولاد في مرضه انهن يعتقن بعد الموت فساقط مبني[1] على ان العبد لا يملك ولو سلم ، فلجواز انه دبرهن .

(١) قوله : مبني على ان العبد لا يملك ، أقول : لا يتضح ابتناه على ذلك ، بل الوصية منه عليه السلام دليل على انه قائل على انهن لا يعتقن الا بالاعتاق وانهن بعد الموت مملوكات كقبله فهو الذي في الغيث عن الناصر نقلاً عن شرح الا بانه وهذا اذا لم تكن ذات ولد حي ، واما اذا كان ولدها باقياً فانها تعتق بعد الموت اتفاقاً بين الناصر والامامية ، والحق انه ليس في المسألة نص يرجع اليه وليس فيها الا رأي عمر وجماعة من الصحابة فانهم رأوا ان لا تباع ام الولد ووافقهم علي عليه السلام ثم خالفهم ورأى بيعها وهو الحق لعدم الدليل الناقل عن الأصل وهو جواز البيع لها واعلم ان بيع امهات الأولاد لا يفتقر تقريره الى زيادة بسط فنقول لا ريب ان امهات الأولاد مملوكات بالنص القرآني كما قال تعالى (الا على أزواجهم اوماملكت ايمانهم) . والاجماع قائم على ذلك والأصل جواز بيع كل ما يملكه الانسان وايد البقاء على هذي الأصل حديث جابر وابي سعيد ، فقد ثبت عنهما انهما قالا كنا نبيع امهات الأولاد على عهد رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم ، وفي رواية عبد الرزاق والنسائي وابن ماجة والدارقطني وصححه ابن حبان كنا نبيع امهات الأولاد والنبي صلّى الله عليه وآله وسلم حي لا يرى بذلك بأساً ، وقال ابن حزم اسناده في غاية الصحة الا انه لا حجة فيه لأنه ليس فيه ان رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم علم بذلك ، قلت لا يخفى ان جابر انما ساقه للاستدلال على الجواز وجابر يعلم وكل ناظر غيره انه لا يستدل بعدم رؤيته وروية غيره بذلك بأساً انما يستدل بكتاب او سنة ، فتعين ان قوله لا يرى بمثناه تحتية وضميره عائد اليه صلّى الله عليه وآله وسلّم لأنه اقرب مذكور ولأنه الذي يستدل على جواز الفعل بعدم روية الناس في فعله ولأنه من ابعد البعيد ان يبيع اصحابه في مدينته امهات الأولاد ولا يعلم بذلك ولأن جابر ذكر هذا بعد وفاة عمر ، قال ابن عبد البر انه كان ابو بكر وعلي وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبدالله وابي سعيد يجيزون بيع ام الولد ، وبه قال داوود .

قلت : الا انه خالف من اصحابه ابو محمد بن حزم وقال لا تباع واستدل بحديث ابن عباس انها لما ولدت مارية ابراهيم « قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم اعتقها ولدها » وقال انه جيد السند كل رواته ثقة ، ورواه عن قاسم ابن اصبغ ثناء مصعب بن سعيد ثناء عبدالله بن عمر هو الرقي عن عبد الكريم الحرري عن عكرمة عن ابن عباس الحديث الا انه تعقبه ابن القطان وقال رواه ابن حزم عن محمد بن مصعب ، وانما هو عن محمد بن وضاح عن مصعب بن محمد بن سعيد وهو المصيصي ضعيف نقله عنه ابن حجر في التلخيص الا انه مقلوب لان ابن حزم قال عن مصعب بن سعيد وابن القطان قال عن محمد بن مصعب ، فلعله غلط ، ثم بحثت عن الرجلين في الميزان فقال محمد بن مصعب صاحب الاوزاعي وذكر انه ضعفه النسائي وغيره ، وقال في مصعب بن سعيد المصيصي ضعفه جماعة

وكان على المصنف(١) ان يذكر المدبَّر مع ام الولد لتحريم بيعه عند القسمية وعن مالك الا لضرورة الى ثمنه وهو عند زيد وابي حنيفة مطلقاً خلافاً لعائشة وعمر بن عبد العزيز والناصر والشافعي فجوزوا بيعه مطلقاً لنا حديث المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث ، الدارقطني من حديث ابن عمر مرفوعاً والشافعي والبيهقي مرفوعاً وموقوفاً بلفظ « المدبر من الثلث » قالوا : اطبق الحفاظ على ان رفعه باطل ، قلنا عند البيهقي عن ابي قلابة مرسلاً ان رجلاً اعتق عبداً له عن دبر فجعله النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم من الثلث وعن علي رضي الله عنه وكرّم وجهه كذلك موقوفاً ، قالوا معارضان بحديث جابر رضي الله عنه ان رجلاً دبر غلاماً له ليس له مال غيره فقال النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم «من يشتريه مني فاشتراه نعيم النحام » متفق عليه من طرق ، قلنا باعه لقضاء دين كان على صاحبه ولا مال له غيره ، وقال له اقضي دينك كما اخرجه النسائي وكخبر القرعة عند مسلم وغيره وسيأتي في العتق ان شاء الله

= من الأئمة وسماهم وسرد له احاديث ، ثم قال ما هي الا مناكير وبلايا . واما محمد بن وضاح فعالم كبير محدث الا انه يدلس ، قال الذهبي وهو صدوق في نفسه واذا عرفت هذا فسواء كانت الرواية عن مصعب بن سعيد او عن محمد بن مصعب فانها ما تخلت عن مقدوح فيه ولذا قال ابو عمر بن عبد البر حديث ابن عباس في قوله صلىّ الله عليه وآله وسلّم اعتقها ولدها ، في مارية روى من وجه ليس بالقوي ولا يثبته اهل الحديث وكذلك قال في حديث ابن عباس عنه صلىّ الله عليه وآله وسلم ايما امرأة (امه) ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات قال لا يصح من جهة الاسناد انفرد به الحسين بن عبدالله بن عبيدالله بن عباس وحسين هذا ضعيف متروك الحديث . قلت ومن ثمنه قال في نهاية المجتهد ان الحديثين لا يثبتان عند اهل الحديث ، حكى ذلك ابو عمر بن عبد البر وهو من اهل هذا الشأن .

واذا تقرر هذا علمت انه لم يأت ما يرفع ذلك الأصل ولا يقوى على رفعه وهو بيع المماليك ، وقد عرفت ان امير المؤمنين عليه السلام اخبر ان عدم بيعهن كان رأياً منه ومن عمر وانه رجع عن رأيه ، واما ما نقله الشارح عن الجامع الكافي فانها رواية مبتورة ، وقد اخرجها ابن حزم عن ابن جريج عن عطاء انه بلغه ان علي بن ابي طالب كتب في عهده اني تركت تسع عشرة سرية غايتهن ما كانت ذات ولد قومت في حصته ولدها بميراثه مني وايتهن لم تكن ذاتْ ولد فهي حرة ، قال : فسألت محمد بن علي بن الحسين بن علي اذ لك في عهد علي قال نعم . فهذا صريح انه يرى بيعهن وانهن مملوكات وانه لا يعتقها ولدها فهذا بسط في المسألة لما اختصر الشارح الكلام فيها .

(١) قوله : وكان على المصنف ان يذكر المدبر ، اقول : يأتي في بابه تحريم بيعه وسيكرر الشارح البحث فاخرنا الكلام معه اليه .

تعالى ﴿ و ﴾ لا يجوز بيع ﴿ **النجس** ﴾ اما الكلب فخالف القسم والناصر والمؤ يد وأبو طالب في كلب الصيد والزرع والماشية وأبو حنيفة مطلقاً ، لنا عموم حديث «انه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن ثمن الكلب متفق عليه» من حديث أبي مسعود البدري وهو عند مسلم من حديث جابر رضي الله عنه ، ورافع بن خديج ، وفي الباب عن أبي هريرة وأبن عباس عند الحاكم وأبي داود ورجال أبي داود في حديث أبي هريرة ثقات ، قالوا النهي عن أكل الثمن لخبثه [١] لا لتحريم البيع كما نهى عن كسب الحجام لخبثه لا لتحريم الحجامة وكما نهى عن ثمن [٢] الهرة مسلم وأصحاب السنن من حديث جابر وتضعيف [٣] الخطابي وأبـن وضـاح لرفعه ، وانكار النسائي له دفعهما النووي بما هو مذكور في شرح مسلم له وايضاً في حديث

---

(١) **قوله** : لخبثه لا لتحريم البيع ، أقول: الأصل في النهي انه لتحريم البيع وانما اوقعه على اللازم وكسب والحجام لولا انه صلىّ الله عليه وآله وسلّم احتجم واعطاه اجرته لكان النهي يقتضي تحريم الأجرة على الحجامة ، فلما فعل رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم ذلك علم انه حكم عليه بخبث مكسبه من غير تحريم ، واما في الكلب فلم يخرج النهي شيء يعارضه والاذن في كلب الصيد والماشية والزرع كما يأتي ليس رخصه في بيعه ، بل في اتخاذه وملازمته ، واحاديث نهي عن ثمن الكلب الا الكلب المعلم ، وفي لفظ عند الترمذي الا كلب الصيد فضعيفةٌ لا تقاوم احاديث النهي ، وقول ابن حجر في الأول رجاله ثقات قيل عليه انه في غير محله فقد قال ابن الجوزي فيه الحسن ابن ابي جعفر قال يحيى ليس بشيء وضعفه احمد ، وقال ابن حبان هذا الخبر بهذا الاسناد باطل لا اصل له ، والحديث الثاني الذي فيه الا كلب صيد يأتي الكلام فيه.

(٢) **قوله** : وكما نهى عن ثمن الهرة ، اقول: ضاهره ان كون النهي عنه لخبثه اتفاقاً ، وفي الهدى ما يقضي ان التحريم مذهب طاووس ومجاهد وجابر بن زيد وجميع اهل الظاهر ، واحد الروايتين عن احمد وهو اختيار ابي بكر بن عبد العزيز وهو الصواب لصحة الحديث وعدم ما يعارضه.

(٣) **قوله** : وتضعيف الخطابي الخ ، أقول: ظاهر كلامه ان ابن وضاح والخطابي ضعفا رفعه ، والنسائي انكر الرفع وان النووي دفع الجميع وليس كذلك بل الخطابي ضعفه ولم يدع وقفة وابن وضاح قال الصواب انه موقوف والنسائي قال انه منكر فكل واحد من الثلاثة اعل الحديث بغير ما اعله الآخر والنووي لم يتعقب الا كلام الخطابي وهو دفع الاعلال بالضعف كما هذا صريح سياق التلخيص وعنه نقل الشارح ، نعم دفع ضعفه يستلزم صحته وحسنه وانه مرفوع فيلزم دفع الاغلال بالنكارة والوقف لكن فرق بين لازم كلام العالم ونصه في النسبة، فلو اتى بعبارة التلخيص ثم قال قلت وفي تعقب النووي لمن اعله بالتضعيف ما يلزم دفع اعلاله بالنكارة والوقف لكان اولى.

جابر الا كلب صيد ، باسناد رجاله ثقات [١] ورواه الترمذي من حديث أبي هريرة وان كان رواية أبي المهزم [٢] عنه وهو ضعيف وكذا رواه النسائي من حديث جابر بلفظ نهي عن ثمن السنور والكلب ، وان قال هذا منكر ، فالكل كاف في التخصيص للعموم والا لزمكم عدم جواز بيع العبد الكافر لأنه نجس [٣] عندكم .

واما الخنزير فخالف فيه الباقر والصادق ، لنا حديث ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام متفق عليه من حديث جابر ولا حمد مثله عن ابن عمر الا الاصنام ولأبي داود عن ابن عباس وزاد ، وان الله اذا حرم اكل شيء حرم ثمنه قالوا محمول على[٤] بيعه ممن يأكله كما تقدم تحقيقه في بيع كل ذي نفع حلال وعموم ان الله اذا حرم أكل شيء حرم أكل ثمنه مخصص بصحة بيع الحمر الأهلية والعبيد ونحوها مع تحريم أكلها ، قلنا تأويل مندفع بما في

---

(١) **قوله** : رجاله ثقات ، أقول : حديث جابر الذي فيه الاستثناء قال ابن حجر رجاله ثقات وتعقب بما اسلفناه قريباً من أن فيه الحسن بن أبي جعفر، وأما الحديث الذي استثنى فيه كلب الصيد فهو عن جابر قال الترمذي ولا يصح اسناده ورواه عنه النسائي ثم قال منكر كما في التلخيص ، ويأتي للشارح وحاصله لجابر حديثان في ذلك احدهما في مسلم وليس فيه الاستثناء ، والثاني فيه الاستثناء لكلب الصيد اخرجه النسائي وانكره ثم لا يخفاك انه لو تم هذا كان خاصاً بالقسم ومن معه .

(٢) **قوله** : ابي المهزم ، اقول : بتشديد الزاي المكسورة اليمني البصري اسمه يزيد ، وقيل عبد الرحمن ابن سفيان متروك كما في التقريب ، وبهذا تعرف انه ليس لجابر حديث فيه الاستثناء لكلب الصيد ، رجاله ثقات بل منكر ، وحديثه في استثناء الكلب المعلم ضعيف وان توهم ابن حجر ثقة رجاله وتبعه عليه الشارح نعم لأبي هريرة وابن عباس حديث فيه الاستثناء لفظه « لا يحل ثمن الكلب » الحديث ، قال الحافظ رجاله ثقات ونسبه في التلخيص الى ابي داوود ، قلت راجعت سنن ابي داود فلم ار فيه حديث الاستثناء المذكور بل لفظه عن ابي هريرة « لا يحل ثمن الكلب ولا حلوان الكاهن ولا مهر البغي » والله اعلم كيف كان كلام الحافظ ، وفيه من حديث من اتخذ كلباً الا كلب ماشية او صيد انتقص من اجره كل يوم قيراط وهو الذي وعدنا به آنفاوح لم يبق في الباب ما يعارض حديث النهي مما يعتمد عليه .

(٣) **قوله** : لأنه نجس عندكم ، اقول يقال خص جواز بيعه الاجماع .

(٤) **قوله** : محمول على بيعه ممن يأكله ، اقول: لا يخفى انه صلىّ الله عليه وآله وسلّم اوقع التحريم على البيع نفسه ، والتأويل المذكور باطل لأنه لا موجب له ثم ما يصنع بالاصنام فانها لا توكل والحمر الاهلية والعبيد خصمهما الاجماع وعلم الجواز لبيعها من ضرورة الدين .

حديث جابر المذكور انهم قالوا « يا رسول الله ارأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ، فقال: هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها[١] ثم باعوها فأكلوا ثمنها» قالوا التحريم[٢] للحم الخنزير فلا يتعلق به الا بعد ذبحه ، والنزاع في بيعه حيا كالحمر الأهلية فلا ترد الميتة والخمر نقضا لانحصار منفعتها في الحرام.

واما زبل ما لا يؤكل فخالف فيه ابو حنيفة ، قلنا حديث « ان الله اذا حرم اكل شيء حرم اكل ثمنه ، قالوا يلزمكم[٣]، حرمة بيع الحمر الأهلية ونحوها من الخيل والبغال والعبيد وغيرها ، قلنا مخصصة بقوله تعالى (والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة) قالوا جوزتم بيع الهرة والصقر والطاووس وكل ذلك تخصيص لعموم تحريم بيع ما لا يؤكل والمخصص صار اصلاً برأسه يقاس عليه وان ذلك يبطل حجية[٤] العموم على ما بقي كما تكرر غير مرة. واما

---

(١) **قوله** : فجملوها ، أقول : بالجيم وتخفيف اللام ، أي اذابوها.

(٢) **قوله** : التحريم للحم الخنزير ، اقول: ان اريد في الحديث فليس كذلك ، بل لنفس بيعه كما هو لفظه وان اريد في الآية فالتنصيص على تحريم اللحم لا يقضي ان يحل غيره الا من باب مفهوم اللقب ، وقد عارضه منطوق الحديث فرفعه كما رفع اصل الاباحة على القول بها في الحيوان.

(٣) **قوله** : قالوا يلزمكم حرمة ، بيع الحمر الأهلية ، أقول : قلنا خصها الاجماع وقد يقال تقديم تحريم بيعها للأكل ، وقال ابن القيم انه اذا بيع البغل والحمار لأكلهما حرم ثمنها بخلاف ما اذا بيعا للركوب وغيره ، ونظير هذا ما قاله الجمهور من الفقهاء كأحمد ومالك واتباعهما انه اذا بيع العنب لمن يعصره خمراً حرم ثمنه بخلاف اذا بيع ممن يأكله ، وكذلك السلاح اذا بيع ممن يقاتل به مسلماً حرم ثمنه واذا بيع للجهاد في سبيل الله تعالى فثمنه من الطيبات.

(٤) **قوله** : يبطل حجية العموم ، أقول: ان اريد عند اهل المذهب فغير صحيح وفي الفصول اذا خص العام بمبين فالباقي حجة عند اكثر ائمتنا ، والجمهور وان اراد عنده فهو لا يثبت العموم من اصله ، واعلم انه لم يتكلم على تحريم بيع الميتة والخمر مع انه قد شملهما لفظ المصنف كما نطق بهما الحديث ، وفي شرح الاثمار لا يجوز بيع الدم والميتة والعذرة اجماعاً ، قال ابن القيم يدخل في تحريم بيع الميتة كلما يسمى ميتة سواء مات حتف انفه او ذكي ذكاة لا تفيد حلة ويدخل فيه ابعاضها ايضاً من شحومها ونحوه ، كما دل له قوله لما سألوه عن الشحوم فقال هو حرام بيعها ، فانه لما اخبرهم بحرمة بيع الميتة سألوه هل يخص منها بيع الشحوم للانتفاع لا للأكل فقال هو حرام وفيه احتمال آخر وهو انهم سألوه عن الانتفاع بالشحوم لا عن بيعها فاخبرهم انه حرام اي الانتفاع ، وقد طول ابن القيم في بيان الاحتمالين

الادهان المتنجسة فحكمها حكم نجس العين عند من لا يجوز تطهيرها لحديث انه قال صلىّ الله عليه وسلّم في السمن المائع تقع فيه الفأرة لا تقربوه وفي الجامد القوها وما حولها » تقدم في كيفية التطهير من كتاب الطهارة ﴿ و ﴾ لا يجوز بيع ﴿ **ماء الفحل للضراب** ﴾ خلافاً لمالك وبعض اصحاب الشافعي ، لنا حديث ابن عمر عند البخاري والاربعة والشافعي « نهى رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم عن عسب[1] الفحل وهو عند مسلم والنسائي من حديث جابر بلفظ ، عن ضراب الجمل وعند مسلم من حديث ابي هريرة «نهى عن ثمن الكلب وعسب التيس» وفي الباب عن انس عند الشافعي وابي حاتم وعن ابي سعيد عند الدارقطني وصححه ابن السكن وابن القطان وعن علي عليه السلام عند الحاكم في علوم الحديث،وعن البراء بن عازب عند ابن حبان والبزار ، وعن ابن عباس رضي الله عنه في المعجم للطبراني فالوا نهى كراهة لما اخرجه مالك « ان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم قال لبني كلاب ان كان اكراماً اي نجيباً[2] يولد النجايب فلا بأس» ، قال المصنف قلنا يقتضي جواز الانزاء لا الاكراء ، قلت وفيه نظر .

= ثم رجح انه عائد الى البيع ، وانه لا بأس بالانتفاع بالميتة في غير ما حرمه الله تعالى ورسوله منها كالوقيد واطعام البزاة والصقور وقد جود البحث هنالك واطاله ، واما الخمر ففي نهاية المجتهد انه اتفق المسلمون على تحريم بيعها وفي الهدى يدخل تحت تحريم بيع الخمر كل مسكر سواء كان جامداً او مائعاً اوعصيراً او مطبوخاً فيدخل عصير العنب وخمر الزيت والتمر والذرة والشعير وأطال البحث وأطابه .

(١) **قوله** : عسب الفحل ، اقول بفتح العين المهملة وسكون السين المهملة فموحدة هو ما الفحل فرساً كان او بعيراً او غيرهما ، وسمى اجرته ضرابة بيعاً لأنه عقد معاوضة وهو بيع المنافع وكانت العادة انهم يستأجرون الفحل للضراب وهذا هو الذي نهى عنه ، والعقد الوارد عليه باطل سواء كان بيعاً او اجارة ، قال في الهدى قلت ولا حاجة الى قوله للضراب كما لا يخفى وقد حذفه الاثمار .

(٢) **قوله** : اي نجيبا يولد النجايب ، اقول : هذا غريب في الوهم سبقه اليه المصنف في البحر وتعقبه المنار بما ذكر هنا يعني من قوله والرواية المعروفة انه صلى الله عليه وآله وسلم نهاهم عن عسب الفحل ، فقالوا يا رسول الله يطرق الفحل فيكرم قال ان كان اكراماً فلا بأس ، وهذا التفسير الذي ذكره الشارح باطل لا يصح ارادته ولا دليل عليه وانما ذيل الحديث انه يجوز من باب المكافأة والاحسان لا من باب البيع ولا الاجارة ، فلا دليل فيه للمالكية لتخصيصه بالنجيب ، ودعواهم عامة على انهم لم يستدلوا به له ـ بل قالوا يحمل النهي على استئجار الفحل على نتاج الأنثى وهو فاسد لأنه غير مقدور على تسليمه ، فان استأجره على ان يحمله عليها دفعات معلومة فذلك جائز اذ هو امر معلوم في نفسه

قلت وعللوا النهي بانه بيع معدوم كبيع اللبن في الضرع او بأنه نجس من غير المأكول ، ومنه ما لا قيمة له .

والحق[١] ان العلة خبث المكسب كما في كسب الحجام فيكون النهي للكراهة لا غير كما يشهد له ترخيص النبي صلى الله عليه وآله وسلم لبني كلاب ﴿و﴾ لا يجوز بيع ﴿ **أرض مكة** ﴾ أي الحرم المحرم تربه واحجاره ، وقال الشافعي وأبو يوسف وهو في شرح الابانة عن الهادي والناصر والمؤ يد انه يجوز بيعها ، واختلفت اقوال أبي حنيفة ، لنا قوله تعالى (سواء العاكف فيه والباد) وأجيب بأن ذلك[٢] في المسجد ولا نزاع في عدم ملك احد له انما النزاع في

= ومقدور وقد رُدَّ هذا الاستدلال على تسليمه بأنه من المعلوم انه ليس للمستأجر غرض صحيح في نزو الفحل على الأنثى التي له دفعات ، وانما غرضه نتيجة ذلك وثمرته ولأجله بذل ماله .

(١) **قوله** : والحق ان العلة خبث المكسب ، اقول : في الهدى قد علل التحريم بعدة علل ، احدها انه لا يقدر على تسليم المعقود عليه ، فأشبه اجازة الآبق فان ذلك يتعلق باختيار الفحل وشهوته ، الثانية ان المقصود هنا الماء وهو لا يجوز افراده فانه مجهول القدر والعين وهذا بخلاف اجارة الضئر فانها احتملت لمصلحة الآدمي فلا يقاس عليه ، وقد يقال والله أعلم النهي عن ذلك من محاسن الشريعة وكما لها فان مقابلة ماء الفحل بالأثمان وجعله محلاً لعقود المعاوضات مما يستهجن ويستقبح عند العقلاء ، وفاعل ذلك عندهم ساقط من اعينهم وقد جعل الله تعالى فطر عبادهِ ميزاناً لا سيما المسلمين للحسن والقبح فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رأوه قبيحاً فهو عند الله قبيح فحرمت هذه الشريعة المعاوضات على ضرابه ليتبادل بينهم مجاناً لما فيه من تكثير النسل المحتاج اليه من غير اضرار بصاحب الفحل ولا نقصان من مائه ، فمن محاسن الشريعة ايجاب بذله مجاناً كما قال صلى الله عليه وآله وسلم « ان من حقها اطراق فحلها واعارة دلوها » فهذه حقوق يضر بالناس منعها الا بمعاوضة فأوجبت الشريعة بذلها ، قلت ويخرج من هذا علة هي أحق ما يعلل به المنع وهو ان اطراق الفحل حق لمن يحتاجه يجب على مالك الفحل بذله ولا يحل له منعه ولا اخذ ثمن فيه لأن الله قد جعله حقاً للمحتاج اليه ، واما حديث الاكرام فلا ينافي ذلك ، على ان حديث الاكرام لم نجده في جامع الأصول ، ونسبه ابن بهران الى الترمذي ثم رأيته في الترمذي ولفظه ان رجلاً من كلاب سأل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن عسب الفحل فنهاه فقال يا رسول الله انا نطرق الفحل فيكرم فرخص له في الكرامة » قال أبو عيسى هذا حديث حسن غريب لا نعرفه الا من حديث ابراهيم بن حميد عن هشام ابن عروة . وبه تعرف انه صلى الله عليه وآله وسلم لم يرخص لبني كلاب في البيع بل في شيء آخر ، وهي المكافأة على بذل الحق ، وليس من محل النزاع .

(٢) **قوله** : ـ وأجيب ان ذاك في المسجد ، أقول : لا يخفى ان المساجد كلها لا يجوز بيعها فلا يبقى وجه لتخصيص المسجد الحرام ، وقال ابن القيم المسجد الحرام في هذه الآية الحرم لقوله تعالى (إنما

غيره ، قلنا حديث انه صلى الله عليه وآله وسلم «قال لعائشة وقد قالت له في منى الا تبني لك منزلاً يا رسول الله فقال انما هو مباح لمن سبق اليه » اخرجه ابن سيد الناس اليعمري وغيره، قالوا أراد به ليس بموضع اقامة ، ومعارض بقوله تعالى (للفقراء الذين اخرجوا من ديارهم وأموالهم) يريد المهاجرين رضي الله عنهم ، ولحديث أسامة المتفق عليه ، وقد قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم « أين تنزل غداً يا رسول الله فقال وهل ترك لنا عقيل من رباع » وهو ظاهر في الاختصاص لولا بيع عقيل لها قلنا الاضافة تستعمل في غير الملك كجل الفرس ، قالوا بقرينة الاضافة الى من لا يملك ، واما اضافة المال الى من يصح تملكه فالظاهر الملك ، وايضاً روى البيهقي ان عمر اشترى داراً للسجن بمكة ، وان ابن الزبير اشترى حجرة سودة ، وان حكيم بن حزام باع دار الندوة ، من معوية بمائة الف ، وان عمر اشترى الدُور التي كانت حول المسجد فوسعه بها ، وكذلك عثمان ، وكان الصحابة رضي الله عنهم حوله متوافرين ، ولم ينقل انكارٌ فكان ذلك إجماعاً ، قلنا ان سلم الاجماع فلأن البيع انما كان للأبواب والأخشاب التي فيها جمعاً بين ذلك وبين[1] أدلة النهي ، قالوا معلولة لم يصح منها شيء كما

= المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام) فهذا المراد به الحرم كله ، وقوله (سبحن الذي اسرى بعبده ليلاً من المسجد الحرام) ففي الصحيح انه اسرى به من بيت أم هاني ، وقال تعالى (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجدالحرام) وليس المراد به حضوره نفسه موضع الصلاة اتفاقاً ، وانما هو حضور الحرم والقرب منه ، وسياق آية الحج تدل على ذلك فانه قال فيه (ومن يرد فيه بالحاد بظلم) وهذا لا يختص بموضع الصلاة قطعاً ، بل المراد الحرم كله والذي جعله سواء العاكف فيه والباد ، هو الذي توعد من صد عنه ، ومن أراد بالحاد بظلم بالحرم ومشاعره كالصفاء والمروة والمشعر ومنى وعرفات لا يختص احد بها دون احد ، بل هي مشتركة بين الناس ، اذ هي محل نسكهم ومتعبدهم ، فهي مسجد الله وقفه ووضعه لخلقه ، ولهذا امتنع صلى الله عليه وآله وسلم ان يبتني له بيت بمنى يظله من الحر ، وقال منى مباح لمن سبق اليه ، ولهذا ذهب جمهور الايمة من السلف والخلف الى انه لا يجوز بيع ارض مكة ولا احارة ببقتها ، ثم ساق ادلة القايلين بجواز بيعها ، واجارتها ، وهي ما ذكره الشارح من الاضافة ، وحديث اسامة وبيع صفوان قال والواجب اتباع الحق حيث كان ، والصواب القول بموجب الأدلة من الجانبين ، وان دور مكة تملك وتورث وتوهب وتباع ويكون على الملك في البناء لا في العرصه والأرض ، فلو رفع بناه لم يكن له ان يبيع الأرض ، وله ان يبنيها ويعيدها كما كانت ، وهو أحق بسكناها ويسكن فيها من شاء .

(١) قوله : وبين ادلة النهي عن بيعها الخ ، اقول : لم يتقدم له منها شيء فمنها ما اخرجه الدارقطني من حديث ابن عمر مرفوعاً « ان الله حرم مكة فحرم بيع رباعها وأكل ثمنها » واخرج احمد عنه ايضاً قال

حققه البيهقي وغيره من ايمة السنة وان صحت فمتاولة على الكراهة للرغبة[١] عن أشرف البقاع وأحبها الى الله ورسوله جمعاً بين الأدلة .

﴿و﴾ لا يجوز بيع ﴿ما لا نفع فيه مطلقاً﴾ أي بأنواع الانتفاع لأن ذلك من الباطل وقد قال تعالى (ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) ، الا ان شرائه[٢] ، ومقابلته بمال فرع الحاجة إليه ودفع الحاجة نفع فلا يثبت أنه لا نفع فيه حتى يثبت أنه لا يشتري ولا يثبت أنه لا يشتري حتى يثبت أنه لا نفع فيه، وذلك دور.

تنبيه ذكر المصنف في البحر وغيره من أهل المذهب ان عبد الذمي اذا أسلم حيل بينه وبين الذمي ثم بيع وسلم ثمنه للذمي ان صح بيعه والا عتق بمثل ما ينفسخ به النكاح كما تقدم ، ويأتي في العتق وهذا ظاهر في عدم جواز ملك الكافر للمسلم كما هو صريح قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) فكان على المصنف ان يذكر ذلك فيما لا يجوز او لا يصح بيعه فيقول وبيع[٣] عبد مسلم من كافر .

فصل ﴿ ولا يصح ﴾ البيع ﴿ في ملك لا قيمة له ﴾ كالحبة والحبتين من الطعام لأن أخذ الثمن فيه من أكل أموال الناس بالباطل والكلام فيه كالكلام فيما لا نفع فيه

= « نهى عن اجارة بيوت مكة وعن بيع رباعها » واما قول الشارح انها معلولة فلو انه لم يأت منها حرف لكان فيما تقدم من ادلة انه لا يختص بها احد كفاية في الدلالة على تحريم بيعها وجنح المنار الى مثل كلام الشارح وان الآية في المسجد الذي يستوي العاكف فيه والباد وموضع الطواف ، قلت ولا يخفي قوة كلام ابن القيم .

(١) **قوله** : ـ للرغبة عن اشرف البقاع ، اقول : ليس كل بايع راغباً عما باعه ، بل قد يبيعه للحاجات التي تخرج المحبوبات من رب بهن ضنيين .

(٢) **قوله** : ـ الا ان شرائه ومقابلته بمال ، قالو : يقال ومتى أبيح له شرائه وقد ثبت النهي عن اضاعة المال وكل ما دعت اليه الحاجة فليس مما لا نفع فيه وقد علل ابن دقيق العيد في شرح العمدة النهي عن بيع الأصنام بأنه لعدم النفع بها على صورتها وقال وعدم الانتفاع بمنع صحة البيع والتحقيق ان كل ما ينفع مما اباح الشارع نفعه يصح بيعه فانه شرع البيع لدفع الحاجات المباحة والانتفاع، وقيد صاحب الفتح عدم الانتفاع بالأغلب ، ومثله الأثمار قال ولا عبرة بما قد ينفع كما في العقارب ونحوها ، اذ قد يدخل شيء منها نادراً في الدرياقان والأدوية .

(٣) **قوله** : ـ ولا يصح بيع عبد مسلم من كافر ، أقول : ويحال بينه ان اسلم .
فصل ولا يصح في ملك لا قيمة له .

ولهذا قال المؤيد بصحة بيع قليل ماء لكثيرة قيمة كما في المكيلات ، نحو تحريم ما لا يسكر تبعاً لتحريم ما يسكر ﴿أو﴾ كان له قيمة لكن ﴿ **عرض ما منع بيعه** ﴾ منعاً ﴿ **مستمراً كالوقف** ﴾ يمتنع بيعه عند من صحح الوقف من اصله ما دام ينتفع به في المقصود من وقفه ، واما من لم يصحح الوقف كأبي حنيفة ومحمد صحح البيع كما سيأتي تحقيقه في الوقف ان شاء الله تعالى ﴿او﴾ عرض ما منع بيعة ﴿**حالاً**﴾ فقط لا مستمراً ﴿ **كالطير** ﴾ إذا بيع وهو ﴿ **في الهوا** ﴾ وكان مملوكاً كالنحل والحمام التي ملكت ، لا ما كان مباحاً لم يملك لأن صحة البيع فرع الملك كما علمت ومثله السمك في الماء قال المصنف لأنه[1] غرر والتردد في حصول المبيع وعدمه بلا ترجيح كبيع المعدوم والمعاومة . **قلت** مذهب الحنفية ، وتخريج السادة ، صحة بيع العبد الآبق والمغصوب مع وجود العلة المذكورة وقياس ذلك تصحيح البيع هنا ، وان ثبت

---

(١) قوله : ـ لأنه غرر القول: اشارة الى ما اخرجه مسلم من حديث أبي هريرة نهى « رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » قال في النهاية الغرر هو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول ، وقال الأزهري بيع الغرر ما كان على غير عهده ولا ثقة ، وتدخل البيوع التي لا يحيط بكنهه المتبايعان ، وكل مجهول وفي الهدى الغرر هو البيع نفسه فهو فعل بمعنى المفعول ، أي مغرور به كالقبض بمعنى المقبوض والسلب بمعنى المسلوب وعد منه بيع العبد الأبق والفرس الشارد والطير في الهوى ، قال ونحو ذلك مما لا يعلم حصوله ولا يقدر على تسليمه ولا يعرف حقيقة مقداره ، فعرفت ان الصور التي أورد الشارح النقض بها هي من الغرر ، ولا ترد على المصنف لأن قول غيره لا يلزمه ، الا انه لا يتم كلام المصنف الا على تسليمه ان النهي يقتضي الفساد وعنوانه للفصل ، بلا يصح دليل انه قائل به ، واما المرهون فلا يرد به النقض لأن تسليمه مقدور لمالكه وان تعلق به حق الغير كبيع العين المؤجرة ونحوه فقوله لاشتراك الجميع في انتفاع موجب العقد وهو التسليم محل تأمل ، قال ابن القيم والغرر اليسير يغتفر ، فان اجارة الدار والحانوت والحيوان مسانات لا تخلو عن غرر لأنه يعرض موت الحيوان وانهدام الدار ، وكذا دخول الحمام وكذا الشرب من فم السقا فانه غير مقدر مع اختلاف الناس في قدره وكذا بيع السلم وبيع الصبرة العظيمة التي لا يعلم مكيلها ، وكذا بيع البيض والرومان والبطيخ والجوز والفستق وامثال ذلك ، فليس كل غرر سبباً للتحريم والغرر اذا كان يسيراً ولم يمكن الاحتراز منه لم يكن مانعاً عن صحة العقد ، وفي نهاية المجتهد وعلى الجملة فالفقهاء متفقون على ان الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز ، وعلى ان القليل يجوز ، واختلفوا في اشياء من انواع الغرر فبعضهم يلحقها بالكثير وبعضهم يلحقها بالقليل المباح لترددها بين القليل والكثير ، قلت ومن هنا عرفت وجه الأختلاف في هذه المسائل التي ذكرها الشارح ونحوها .

الخيار لتعذر تسليم المبيع كما سيأتي ان شاء الله تعالى في الخيارات ، وان أريد[١] بالغرر جهل حال المبيع فغاية الأمر ان يكون كبيع الغايب يصح ويثبت فيه خيار الروية ، فلا وجه لمنع الصحة بالأصالة ، واما المؤيد فقد منع صحة بيع الآبق ونحوه للعلة المذكورة ، ومنع ابو حنيفة بيع المرهون ايضاً للعلة ، وأما جواب المصنف بقوله بيع صدر من أهله في محله فدعوى المحلية مصادرة لاشتراك الجميع في انتفاء موجب العقد وهو التسليم .

﴿ولا﴾ يصح البيع ﴿ في حق ﴾ أي ليس بعين كحق الشفعة ومرور الماء ونحوهما لأن ذلك بيع للمنافع وهي معدومة ، وقد عرفت عدم صحة بيع المعدوم ، ولحديث « انه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الولاء » أخرجه الجماعة الا أبا داود من حديث ابن عمر .

قلت الأجارة كذلك وقد صحت فكانت مخصصة للنهي عن بيع المعدوم وصارت[٢] أصلاً يقاس عليها بيع الحقوق ، اذ لا فرق الا بأن الأجارة موقتة والبيع مطلق وذلك طرد[٣] في العلة ، وأما حديث النهي عن بيع الولاء فقد عرفت ان سببه حديث بريرة المتقدم وعرفناك مخالفته للقياس من وجوه فلا يقاس عليه ولأن عدم صحة بيع الولاء انما كان لأنه لحمة كلحمة النسب فلا ينفصل[٤] بالبيع كما لا ينفصل النسب **﴿ أو حمل ﴾** بهيمة أو أمه **﴿ أو لبن لم ينفصلا ﴾**[٥] عن البطن والضرع فانه لا يصح بيعهما خلافاً لسعيد[٦] بن جبير لنا في الحمل ما

---

(١) قوله : ـ وان أريد بالغرر ، اقول : الظاهر ان المصنف يفسر الغرر بالتردد بحصول البيع وعدمه فلا ترد هذه الارادة على رأيه نعم كلام ابن القيم قاض بأن ذلك داخل في مسمى الغرر .

(٢) قوله : ـ فصارت اصلاً يقاس عليها ، اقول : لا شك ان الأجارة جرت حيث لم يجر البيع كاجارة الأحرار ونحوها، وهذا مانع عن الالحاق وفارق لا يتم معه القياس .

(٣) قوله : ـ وذلك طرد في العلة ، اقول لا يسلم ثبوت الجامع بين الأعيان والمنافع والنهي متوجه الى الأعيان ودليل ذلك وقوع الاجارة في عصره صلى الله عليه وآله وسلم فانها دليل على ان النهي عن بيع المعدوم متوجه الى الأعيان على انه لا يسلم دخول المنافع تحت لفظ البيع ، ولا تشملها المناهي الواردة فيه .

(٤) قوله : ـ فلا ينفصل بالبيع ، اقول كذلك السكنى في الدار لا تنفصل عن الدار فاذا امتنع البيع في الولاء لعدم انفصاله امتنع في الدار بيع الحق ايضاً وفي سائر الحقوق ، وحديث بريرة لم يهمله الناس ، ويأتي لهم الاستدلال به في مواضع فليس مما خالف القياس كما ستعرفه .

(٥) قال : ـ لم ينفصلا ، اقول : الأولى افراد الضمير اذ الحمل لا يسمى بعد الانفصال حملاً الا مجازاً .

(٦) قوله : ـ خلافاً لسعيد بن جبير ، اقول : سعيد لم يخالف الا في بيع اللبن في الضرع لا غير ،

تقدم في النهي عن بيع المضامين وفي اللبن والصوف حديث ابن عباس رضي الله عنه « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع » أخرجه الدارقطني والبيهقي والطبراني في الأوسط قالوا من طريق عمرو بن فروخ[١] وليس بالقوي وقد تفرد برفعه ووصله لأن وكيعاً أرسله كما هو في المراسيل لأبي داود وابن أبي شيبة، وليس في رواية وكيع ذكر اللبن ايضاً ، قلنا وثقة ابن معين وأبو داود وابن حاتم قلنا تفرده بالرفع ، وقد وقفه غيره على ابن عباس وهو المحفوظ ، علة لا تغتفر[٢] الا للجهابذة لا لمثل عَمر و فان الشافعي وأبا

= وظاهره انه مخالف في الكل ولم ينقل عنه في الموطأ الا انه لا يرى الربو في الحيوان مستدلاً انه لم يرد النهي الا عن ثلاثة الملاقيح والمضامين وحبل الحبلة ، فهذا صريح انه روى النهي عن بيع الحمل ولك ان تقول ان الشارح انما أراد به خلافه في اللبن وان كان بعيداً لأنه اقتصر على الاستدلال للبن بالنص وقال غيره دليل عدم صحة بيع الحمل القياس على اللبن وليس كذلك بل قد ثبت النص كما في حديث أبي هريرة «انه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع المضامين والملاقيح وفسر الملاقيح في النهاية بانها جنين الناقة ، والمضامين ما في اصلاب الفحول ، وفسرها مالك في الموطأ بالعكس ، وعلى كلام التفسيرين فعدم صحة بيع الحمل ثابت بالنص وبه ، تعرف ان قول الشارح انه قياس على اللبن وان قياسه على بيع الصبرة الظهر غير صحيح ، وعكس ابن بهران فجعل اللبن مقيساً على الحمل ، والحق ثبوت النص في الأمرين ، ولا قياس لأحدهما على الآخر»واخرج احمد من حديث أبي سعيد « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن شراء ما في بطون الأنعام حتى يضعن وعن بيع ما في ضروعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة الغائص » في النهاية نهى عن مضربة الغايص هو ان يقول الغايص في البحر للتاجر اغوص غوصة فما اخرجته فهو لك بكذا نهى عنه لأنه غرر ، واخرجه ابن ماجة ايضاً وهو من حديث شهر بن حوشب ولهم فيه كلام قد قدمناه في كتاب الصلاة ، وانه قال ابن عون ان شهراً نزكوه بالزاي ، وقال ابن معين انه ثقة ، وقال النسائي وابن عدي ليس بالقوي ذكره الذهبي ، وأطال في ترجمته في الميزان وقد اخرج الترمذي منه حديث شراء المغانم وقال قريب ، واعلم انها اختلفت نسخ الضوء هنا ، فالنسخة التي عليها خط المصنف التي تكلمنا عليها وفيها الاستدلال بقياس الحمل على اللبن ، والقول بأن قياسه على الصبرة اظهر وفي نسخة الاستدلال بحديث المضامين وهي الأولى .

(١) قوله : ـ عمرو بن فروخ ، أقول : في نسخة الشارح بفتح المهملة وسكون الميم وهو سبق قلم ، فالذي في كتب الرجال عمر بضمها وفتح الميم وفروخ بفتح الفاء وتشديد الراء المضمومة وآخره خا معجمة ، البصري قال في التقريب صدوق وربما وهم .

(٢) قوله : ـ لا تغتفر الا للجهابذة ، اقول : يقال بعد ثقة الراوي فروايته المرفوعة تؤكدها المرسلة وحمله

داود اخرجاه من وجهين آخرين موقوفاً على ابن عباس ، وغاية الأمر أن يكون بيعهما من بيع الغايب يصح ويثبت فيهما خيار الرؤية على ان عدم تصحيح بيع الحمل انما كان قياساً على اللبن وقياسه على بيع الصبرة في الصبرة اظهر ﴿ **أو ثمر قبل** ﴾ [١] وقت ﴿ **نفعه أو بعده قبل صلاحه** ﴾ لما يراد منه ، وقال زيد والمؤيد والامام يحيى والفريقان يصح بيع الثمر بعد نفعه وقبل صلاحه الا أن زيداً والشافعي صححاه اذا شرط [٢] القطع والمؤيد وأبو

= على انه وقفة تارة ورفعه اخرى اي مانع عنه ، وقد اغتفر هذا للجهابذة ومن كان ثقة مثلهم في أصل الرواية وقبول الزيادة فلا قدح في اغفال اللبن ـ الرفع ـ في مرسل ، وكيع هذا ولابن القيم تفصيل في بيع اللبن في الضرع وحكي عن شيخه انه اجاز بيع بعض الصور .

(١) قال : ـ أو ثمر ، أقول : الثمر بمثلثة في الجامع الثمر من كل شجرة معروف وهو بثمر النخل اخص وفي شرح مسلم على حديث لا تبيعوا الثمر بالتمر ضبط الأول بالمثلثة والثاني بالمثناة .

(٢) قوله : اذا شرط القطع ، أقول : قال ابن دقيق العيد ان الفقهاء اخرجوا من تحريم بيع الثمر قبل صلاحه بيعه بشرط القطع فقالوا بصحته وهو يوافق القيل الذي سيأتي ، ويدل على انه للفقهاء الأربعة .

تنبيه لم يتعرض الشارح للخلاف في الجوايح وقد ذكر احاديثها وتأولها فلا غنى عن بيانها قال في نهاية المجتهد ما حاصله انه قد ذكر في الحديث الجوايح فيحسن بيان المراد بها ومحلها وزمانها ومقدارها ومن ذهب اليها ومن لا وما دليل من لم يقل بها . اما الجوايح فكلما اصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط فلا خلاف في المذهب انها جايحة والعطش جايحة عند الجميع ، وما كان من الآدميين كالسرقة ونحوها ففيه خلاف منهم من لم يرها جايحة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم « أرأيت ان منع الله » ومن قال انها جايحةشبهها بالأمور السماوية ، وأما محل الجوايح فالثمار بلا خلاف في المذهب ، واما البقول ففيها خلاف الأشهر الحاقها بالثمار في ثبوت الجايحة ، واما القدر الذي تجب فيه الجايحة ففي الثمار قيل يعتبر في الثلث ، فاذا ذهب الثلث من الثمر وضع من الثمن قدره ، ولهم خلاف هل يعتبر الثلث من القيمة أو الثلث من الكيل ، قالوا وانما اعتبر الثلث لأن القليل معلوم بالعادة انه يذهب فكان المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق قالوا فوجب التقدير فاعتبرنا الثلث لأن الشارع قد اعتبره في مواضع هذا كلام المالكية ، واما في البقول فيعتبر في قليلها وكثيرها ، واما زمان القضاء بالجايحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمن الذي تحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤوس الأشجار حتى يستوي في الطيب واختلفوا فيما لو بقي بعد الطيب لبيعه شيئاً فشيئاً ، اذا عرفت هذا في حقيقة الجايحة ومحلها وزمانها وقدرها فاعلم انهم اختلفوا في القول بها فقال بالحكم بها مالك واصحابه ومنعها ابو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد ، والليث ، عمدة من قال بها حديث جابر « ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال من باع تمراً فأصابته جايحة فلا يأخذن من أخيه شيئاً على ماذا يأخذ احدكم

= مال أخيه » أخرجه مسلم ، وما روى عنه من قوله أمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بوضع الجوايح فعمده من قال بها حديث حديث جابر هذا وقياس الشبه وذلك انهم قالوا مبيع بقي على البائع حق حتى يوفيه بدليل ما عليه من سقيه حتى يكمل ، فوجب ان يكون ضمانه منه اصله سائر المبيعات التي بقي فيها حق حتى يوفيه ، والفرق عندهم بين هذا المبيع وسائر المبيعات ان هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكأنه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يخلق فوجب ان يكون في ضمانه مخالفاً لساير المبيعات ، واما عمدة من لم يقل بها فتشبيه هذا المبيع بساير المبيعات وان التخلية في هذا البيع هو القبض وقد اتفقوا على ان ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع ايضاً حديث أبي سعيد الخدري قال أُجْتِيحَ رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاه دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا فلم يحكم بالجايحة ، فسبب الخلاف في هذه المسألة تعارض الآثار فيها وتعارض مقايس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل .ـ

فقال من منع الجايحة يشبه ان يكون الأمر بها بعد النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، قالوا ويشهد لذلك انهم لما اكثروا شكواهم بالجوايح أمروا بأن لا يبيعوا الثمر الا بعد ان يبدو صلاحه ، وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور.

وقال : من أجازها في حديث أبي سعيد الخدري يمكن أن يكون البائع عديماً فلم يقض عليه بجايحة أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جايحة ، او انه اصيب في غير الوقت الذي يلزم فيه الجايحة مثل ان يصاب بعد الجذوذ أو بعد الطيب . واما الشافعي فروى حديث جابر عن سلمان بن عفيف عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب في ذكر وضع الجوايح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث فيه وجب وضعها في القليل ، ولا خلاف بينهم في وضع الجايحة في العطش وقد جعل القايلون بها اجماعهم في حجة على اثباتها .

قلت : وقوله ان الشارع اعتبر الثلث في مواضع وذلك في الوصية والثلث كثير وهذا نظير قوله اهل المذهب في الاستدلال على ايجاب الفطرة على من ملك قوت عشرة أيام لأنه اعتبرها الشارع في ايام الحيض ونحوها ، ولا يخفى على منصف ضعف هذا الاستدلال وانه لا يتمشى في بصله فضلاً عن احكام شرعية يكلف بها العباد ، فالأحسن هنا كلام الشافعي وثبوت ذلك في القليل والكثير الا ما يتسامح به مما لا ينضبط ، فانه قال في النهاية قال الشافعي لو قلت بالجايحة لقلت بها في القليل والكثير وقد قالت الملكية يقول الشافعي في البقول كما سلف ولا وجه للتفرقة بينها وبين الأثمار ، بل هي أي البقول لم يثبت فيها الحكم الا قياساً على الأثمار فليس للشرع ان يزيد على أصله . وانما اطلنا هذا ليعلم الواقف ان اهل الفروع من ايمة المذاهب كلها لهم فروع لا يقوم عليها دليل يعتمد . وقولنا الا ما

حنيفة مطلقاً لكن قال ابو حنيفة يلزم القطع اما اذا شرط البقاء لم يصح البيع ، وفاقاً لما سيأتي من النهي عن بيع وشرط لنا حديث أنس المقدمان في النهي عن بيع الحب حتى يشتد و بيع العنب حتى يسود وعند الجماعة من حديث ابن عمر « لا تبيعوا التمر حتى يبدو صلاحه ولا تبيعوا التمر بالثمر » وفي لفظ لهم الا البخاري نهى عن بيع النخل حتى يزهو[1] وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وبمعناه عندهم الا أبا داود والترمذي من حديث انس ومن حديث جابر قالوا لأن سبب[2] النهي ما أخرجه البخاري وأبو داود من حديث زيد بن ثابت «ان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كانوا يبتاعون الثمار فاذا جذ النـاس الثمار وحضر تقاضيهم قال المبتاع انه اصاب الثمر الدمان اصابه امراض اصابه فشام عاهات يحتجون بها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك اما فلا تبايعوا[3] حتى يبدو صلاحه صلاح الثمر كالمشورة يشير بها » .

= إيتسامح به قد صرح به في منتهى الحنابلة حيث قال وما تلف سواء يسير لا ينضبط ولو بعد قبض فعلى البايع ، ويأتي لفظه في فصل تلف المبيع واستحقاقه ، ويأتـي هنـا كلام أهـل المذهـب في حديث الجوايح ، وانهم قايلون به على تقييدات لهم وحملوه على ما تسمع ان شاء الله ، وكان الأليق بنا تأخير الكلام الى هنالك الا انه وقع هذا هنا رغبة في تقييد الفايدة .

(١) قوله : يزهو ، أقول : في غريب الجامع زهى النخل يزهو اذا ظهرت ثمرته ، وروى يزهى يقال أزهى البسر اذا أحمر وأصفر ، وذهب قوم الى انه لا يقال في النخل يزهو بل يزهى لا غير والعاهة الآفة تصيب الثمر .

(٢) قوله : لأن سبب النهي ، أقول الأولى حذف لأن ، وقوله جذ الناس بالجيم المعجمة والجذاذ صرام النخل وهو قطع ثمرها وأخذها من الشجر ، والدمان بفتح المهملة وتخفيف الميم فساد الثمر وعفنه قبل إدراكه ، حتى يسود ، والمراض بضم الميم وتخفيف الراداء يقع في الثمر فيهلكه ، والقشام بضم القاف فشين معجمة هو أن ينقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحاً .

(٣) قوله : اما لا اقول : اصله ان وما زائده فأدغمت النون فيها والمعنى ان لم يفعل هذا فليكن هذا واشتداد الحب قوته وصلابته ، ولا يخفى ان الحجة قوله صلى الله عليه وآله وسلم « فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر » فانه نهى عن البيع والشراء ، واما قول الراوي كالمشوره فانه ظن منه انه صلى الله عليه وسلم اراد ذلك ولم يجزم بل اتى بالكاف كالمتردد في ذلك فلا ينهض قرينة على جعـل النهـي

قلت ولأنه صلى الله عليه وآله وسلم قد امر بوضع الجوايح ، كما اخرجه مسلم وابو داود والنسائي من حديث جابر فلم يبق للنهي فائدة غير الارشاد، واما ما في حديث انس من لفظ ارأيت ان منع الله الثمرة بم تستحل مال اخيك ، فمدرج من قول انس لا من قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم صرح به الدار قطني وقال من رفعه فقد اخطأ .

قلت الا انه في حديث جابر مرفوعاً عند مسلم بلفظ«ان بعت من اخيك تمراً فاصابته جايحة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيا بم تأخذ مال اخيك بغير حق» وكل ذلك ظاهر في ان النهي للارشاد دفعاً للخصومة كما في الامر بالاشهاد ﴿ **قيل** ﴾ قال الامام يحيى ان القسم والهادي لا يصححان بيع الثمر قبل نفعه وصلاحه ﴿ **الا** ﴾ اذا لم يشترط على المشتري القطع ، اما اذا كان البيع منه ﴿ **يشترط القطع** ﴾ فانهما يصححانه ، واستضعف المصنف هذا التفصيل لهما ، وقال ظاهر كلامهما الاطلاق ، وانما ذلك قول المؤ يد بالله في بيعه قبل نفعه ﴿ **ولا** ﴾ يصح بيع الثمر ﴿ **بعدهما** ﴾ اي بعد نفعه وصلاحه اذا كان البيع ﴿ **بشرط البقاء** ﴾ اتفاقاً ان جهلت مدة البقاء قال الامام يحيى فان علمت صح عند القسمية اذ لا غرر ، وقال المؤ يد بالله يرجع من بيع وشرط فلا يصح لذلك ، وهو ظاهر اطلاق المصنف هنا للمنع ﴿ **ولا** ﴾ يصح البيع ﴿ **فيما يخرج** ﴾ من الخضروات ﴿ **شيا فشيا** ﴾ نحو الليم

= للأرشاد ، وقد اخرج الشيخان وابو داود والترمذي والنسائي النهي عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه بالفاظ عديدة منضمة الى مناهي النهي عنها للتحريم وان كان دلالة الاقتران فيها مقال الا ان هذه مقويات لبقاءالنهي على حقيقته ، واما امر المتباهيين بوضع الجوائح فانه دليل على انه لم يصح البيع اذ لو قد صح ونفذ لكان التآلف من مال المشتري . وكذلك حديث بما تأخذ مال اخيك بغير حق ، دليل على انه لم يصح البيع ، وان النهي للتحريم بجعله اكلاله بغير الحق والتحريم هو الاحوط والاظهر ، قلت واعلم ان الحديث بلفظ قبل ان يبدو صلاحه لا يصح ان يراد به صلاحه كله والا لقال صلى الله عليه واله وسلم قبل صلاح جميعه بل ذكر بدو الصلاح وهو يصدق بصلاح هبة واحدة منها فأنه يطلق عليه بعد ان قد بدا صلاح هذه الثمرة هذا مقتضى لفظه صلى الله عليه وآله وسلم وعليه يحمل حتى يحمر ويزهو اي البعض منه ولأنها قد جرت حكمة الله تعالى ولطفه بعباده ان لا تصلح الثمار الا شيئاً فشيئاً ليكمل انتفاع العباد به وتطول مدة التفكه بالفاكهة ، فلو قلنا لا بد من صلاحه جميعاً لما تم صلاح اخره الا وقد فسد اوله وبطل الانتفاع به وقد ثبت النهي عن اضاعة المال وايضاً فالناس على هذا متى بدأ صلاح اول الفاكهة من عنب ورطب وبرقوق وغيرها يبتاعونها في عصره صلى الله عليه وآله وسلم وبعده الى الآن في جميع اقطار الدنيا ولا يعلم قط انه لا يبيع احد عنباً او تمراً حتى يصلح جميعه ولا تبقى منه حبة واحدة بغير صلاح وبهذا تعرف انه كان على المصنف ان يقول بعد بدو صلاحه .

والموز لأن بعض [١] المبيع يكون معدوماً فيكون ثمن الموجود مجهولا فيكون البيع فاسداً في الجميع للعلتين ﴿ **ويصح استثناء** ﴾ البائع ﴿**هذه**﴾ الصور الممنوعةالأخيرة ـ هي ـ الحق والحمل واللبن والثمر وما يخرج شيا فشيا لكن في استثناء الثمر وما يخرج شيا فشيا وهم لأنها لا تدخل في بيع شجرها كما هو المفروض والاستثناء انما يخرج به ما دخل ، وكذا لا يشترط في استثناء الحق ان يكون ﴿ **مدة معلومة** ﴾ ولهذا قال المصنف ﴿ **و** ﴾ اما ﴿ **الحق** ﴾ فيصح استثناؤه ﴿ **مطلقاً** ﴾ لانه كما لو استثنى بعض المبيع فانه يبقى في ملكه دائماً ، واما الحمل واللبن فمنع الفريقان والامام يحيى صحة استثنائهما لانه من بيع وشرط قلنا كلو [٢] استثنى سكنى الدار مدة معلومة .

قلت لا ينتهض على رأي اصحاب الشافعي ايضاً لمنعهم صحة استثناء السكنى ونحوها قلنا ثبت عند الجماعة الا الموطأ من حديث جابر في قصة اعياء جملة ونخس النبي صلى الله عليه وآله وسلم له ، ومساومته له فيه ، انه قال فبعته اياه على ان لي فقار ظهره [٣] الى ان ابلغ المدينة وفي رواية للشيخين فبعته واستثنيت حملانه الى اهلي ، قالوا مضطرب المتن [٤] لأنه عند الجماعة

---

(١) **وقوله** : لان بعض المبيع يكون معدوماً ، اقول : قال ابن بهران انه خالف في هذا مالك ، وقال انه اذا ظهرت الثمرة الاولى صح بيعها مع التي لم تظهر وقد قدمنا ان في الهدى النبوي في فصل والمبيع يتعين في قوله والمبيع الموقوف ان المعدوم ثلاثة اقسام ، الى ان قال فالمتفق عليه بيع الثمار بعد بدو صلاح ثمرة واحدة منه وان كانت بقية آخر الثمار معدومة وقت العقد ، ولكن جاز بيعها تبعاً للموجود وقد يكون المعدوم متصلا بالموجود ، وقد يكون اعياناً آخر منفصلا عن الموجود ولم يخلق بعد .

(٢) **قوله** : كلو استثنى الدار مدة معلومة ، اقول : مثله في البحر وقال عليه في المنار قياس الاعيان على المنافع غير تام الا ترا انه لا يصح بيع العين المعدومة ويصح استئجارها ، قلت وقدمنا لك الفارق بين العين والحق .

(٣) **قوله** : فقار ، اقول : بالفاء والقاف فالراء مفتوحات هو ما انتضد من عضام الصلب من لدن الكاهل الى العجب كما في القاموس ، يقال افقرتك ناقتي اي اعرتك فقارها لتركبها .

(٤) **قوله** : قالوا مضطرب المتن ، اقول : قال السبخاوي قال جابر افقرني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ظهره الى المدينة، وفي أخرى قال وبعته على أن لي فقاره حتى ابلغ المدينة،وقال في أخرى لك ظهره الى المدينة،وفي أخرى وشروط ظهره الى المدينة،قال البخاري الاشتراط اكثروأصح عندي ، قلت فاندفع الاضطراب في المتن وهو محل الاستدلال ، فانه انما يكون بين روايات والفاظ

ايضاً بلفظ قد اخذته منك بأربعة دنانير ولك ظهره الى المدينة ، وفي رواية قد اخذته فتبلغ به الى المدينة ، وقال البخاري قال جابر افقرني النبي صلى الله عليه وآله وسلم ظهره الى المدينة ، وذلك تبرع لا شرط ، قلنا وقال روايات الاشتراط اكثر واصح ، قالوا لا تدفع الاضطراب لا سيا وفي الحديث عندهم ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال له ما كنت لأخذ جملك فخذ جملك فهو مالك فلا بيع [١] وانما المساومة ملاطفة كما داعبه في الحديث بذكر الزواج وقوله ألا بكراً تلاعبها وتلاعبك وايضاً [٢] في القيمة اضطراب شديد ففي رواية بأوقوية وفي اخرى

= مستويات في الصحة الا يرجح بعضها على بعض ، وقد رجح امام الحفاظ رواية الاشتراط فزال هنا الاضطراب ، نكته استدل المصنف هنا بحديث جابر ايضاً الا انه قال انه باع ناقة منه صلى الله عليه وآله وسلم واستثنى حلابها الى المدينة ، وهذا لا يعرف في كتاب من كتب الحديث .

(١) قوله : فلا بيع ، اقول الفاظ الحديث صريحة في البيع ، وانه صلى الله عليه وآله وسلم وهبه لجابر بعد ملكه له ففيها انه لما دخل صلى الله عليه وآله وسلم مسجده بالمدينة قال جابر عقلت الجمل بناحية البلاط فقلت له هذا جملك فخرج يطيف به ويقول الجمل جملنا فبعث النبي صلى الله عليه وآله وسلم بأواق من ذهب فقال اعطوها جابراً ثم قال استوفيت الثمن قلت نعم قال الثمن والجمل لك «وفي لفظ قال جابر قال لي النبي صلى الله عليه وآله وسلم بعني جملك قلت لا بل هو لك فقال بعنيه قلت لا بل هو لك يا رسول الله قال لي بعنيه قلت فان لرجل على اوقية من ذهب فهو لك قال قد اخذته فتبلغ عليه الى المدينة» وفي لفظ له «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعنيه بأوقية فقلت لا قال بعنيه بأوقية فبعته » والفاظ الروايات كما ترا صريحة في البيع ، واما قوله صلى الله عليه واله وسلم « ما كنت لأخذ جملاً » فالمراد لأقبضه والا فقد صرح بأخذه الذي هو الشراء ، ثم يقال للشارح وهل لا قلت انه اضطراب في الحديث فلا دلالة على الملاطفة ، وكأنه قال ذلك على تقدير التسليم .

(٢) قوله : وايضاً في القيمة اضطراب شديد ، اقول : قال البخاري رواية انه اشتراه بأوقية وفي اخرى بأربعة دنانير ، قال البخاري وهذا يكون اوقية على حساب الدينار بعشرة دراهم ، وقال في اخرى اوقية ذهب ، وفي اخرى مائتي درهم ، وفي اخرى احسبه قال بأربع اواقي ، وفي اخرى بعشرين ديناراً ، قال البخاري وقول الشعبي بوقية اكثر قلت فزال ما قاله من الأضطراب بالترجيح ورأيت بعد هذا في شرح العمدة ما ذكرناه من الترجيح في حديث جابر ووصي في معرفة هذه القاعدة وقد مضى للشارح مراراً انه لا اضطراب الا مع فقد الترجيح ، ولكنه يدعى الاضطراب في محلات احد الفاظها راجحة كدعواه ذلك في المتعة وقد اخرج ايمة ، لفظ الاشتراط مستدلين به على ذلك ، وبه يثبت صحة استثناء الحق مطلقاً لأن الحمل على البعير حق ، وقد صح استثناؤه فيصح في كل حق لعدم الفارق وقد استثنى الفتح والاثمار من الحقوق الشفعة فانه لا يصح استثناؤها .

بأربعة دنانير وفي اخرى بخمس اواقي وفي اخرى بمائتي درهم وفي اخرى بأربع اواقي ، وفي اخرى بعشرين ديناراً ، وغير ذلك ﴿ **و** ﴾ اذا صححنا استثناء اللبن فان ﴿ **نفقة مستثني اللبن على مشتريه** ﴾ لأن النفقة [١] للبقاء لا للنما وهي المعتاد ﴿ **ويمنع** ﴾ المشتري ﴿ **اتلافه** ﴾ حتى يستوفي صاحب اللبن مدته لتعلق حقه بالمبيع ﴿ **ولا ضمان ان فعل** ﴾ الاتلاف اذ لم يتلف عليه عيناً موجودة وانما اتلف [٢] حقاً ولذا قال ﴿ **الا** ﴾ ان الضمان يثبت ﴿ **في** ﴾ اتلاف شجر ﴿ **مستثني الثمر** ﴾ الموجود حال البيع لأنه اتلاف عين موجودة ﴿ **ولا** ﴾ يصح بيع ﴿ **في جزء غير مشاع** ﴾ بل معين ﴿ **من حي** ﴾ كراس الشاه لمنعه تصرف المشتري وهو رفع لموجب العقد قيل الا ان يعلم انحصار تصرف المشتري في الذبح كشاة القصار صح ﴿ **ولا** ﴾ يصح بيع ﴿ **في مشتري او موهوب** ﴾ بعوض ﴿ **قبل قبضه** ﴾ من بائعه او واهبه فاما ما عدا المشتري والموهوب كالوصية والنذر والمهر وعوض الخلع ونحو ذلك فيصح بيعها قبل القبض ، وقال الشافعي وكذا يجوز بيع المشتري والموهوب من البائع والواهب ايضاً ، وقال ابو حنيفة بل ومن غيرهما في غير المنقول ، لنا [٣] ان علة النهي فيما تقدم من حديثي ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما المتفق عليهما في النهي عن بيع

---

(١) **قوله** : لأن النفقة للبقاء لا للنماء ، اقول : بل النفقة لهما البقاء والنماء ثم انه ليس الكلام في بقاء ولا نماء بل في فائدة من فوائد المبيع وهو اللبن ، وقد رضي المشتري بجعل هذه الفائدة لغيره فالنفقة للعين التي ملكها وسمح بفائدتها .

(٢) **قوله** : وانما اتلف حقاً ، اقول : كتب عليه والدي رضوان الله عليه فيه نظر فان الحقوق منافع والمنافع مضمونة ، وفي شرح الاثمار قيل لعل وجه الفرق بين الحيوان وغيره في ان المشتري لا يضمن في الحيوان المستثني اللبن ان اتلفه ويضمن في الشجرة ونحوها ان الغالب في غير الحيوان البقاء ما لم يتلفه متلف بخلاف الحيوان فانه يموت ان لم يذكا ونحوه ، وقد نظر هذى الفرق وصحح استواهما في وجوب الضمان ، وقيل يضمن ما بين القيمتين لأن المنفعة مملوكة كالعين في ضمانها والا لزم ان الغاصب لا يضمن الأجرة حيث استعمل المغصوب لأنه لم يتلف عيناً موجودة .

(٣) **قوله** : لنا ان علة النهي الخ ، اقول لا دليل على ان ما ذكره علة النهي الا الشبه وليس بمسلك في الأصح كما انه لا دليل على انها كون ما لم يقبض كما ليس عند البائع ، كما قال الشافعي فالأقرب قصر الحكم على المبيع مطلقاً من البايع وغيره وحديث ابن عمر الذي نقله الشارح شاهداً لكلام الشافعي غير ناهض فانما اعلمه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ان البأس منتف اذا لم تحصل النيئة بينهما ، واما فهم انه يصح بيع ما لم يقبض منه فبعيد على انه لو سلم ما قاوم صريح النفي في بيع ما لم يقبضه البايع .

الطعام قبل قبضه هي تملكه بعوض ، هو مال وهي موجودة في كل ما ملك بعوض هو مال ، واجاب الشافعي بمنع ان العلة ما ذكر بل العلة كون ما لم يقبض كما ليس عند البائع لجواز تعذر القبض من البائع الاول فاذا بيع منه فهو كبيع ما في الذمة وهو كالحاضر المقبوض ،واما ابو حنيفة فتمسك [١] بظاهر قول ابن عمر حتى ينقله من مكانه فجوز بيع ما لا ينقل **قلت** الا انا [٢] عرفناك في ما سبق اختصاص ذلك بالطعام المشترى جزافاً كما هو [٣] قول مالك رحمه

---

(١) **قوله** : فتمسك بقول ابن عمر ، اقول قد ورد بلفظ حتى يقبضه وهو اعم لشموله المنقول وغيره وذكر الخاص لا يقصر حكم العام عليه في الأصح .

(٢) **قوله** : الا انا عرفناك فيما سبق اقول عرفناك فيما سبق قيام الدليل على عموم الحكم لكل مبيع فتذكر ، وانه يختص النهي بالبيع لا غيره فلا يرد النقص بخبر البكر فانه وهبه لا باعه .

(٣) **قوله** : كما هو قول مالك ، اقول : في شرح العمدة لأبن دقيق العيد في شرح حديث ابن عمر من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه هذا نص في منع بيع الطعام حتى يستوفيه ، وخصص مالك هذا الحكم به اذ كان فيه حق التوفية كما دل عليه الحديث وبه تعرف انه لا يجعله في بيعه جزافاً . وفي بدائع الفوائد لابن القيم « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه » ونهى عن بيع ما لم يقبض « في حديث حكيم ابن حزام وزيد بن ثابت ، فقال اصحاب مالك النهي مخصوص بالطعام دون غيره فمنهم من قال هو من باب حمل المطلق على المقيد وهو فاسد ، فانه عام وخاص ، ولفظه « اذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه » ، ومنهم من قال عام وخاص تعارضاً يقدم الخاص ، وهذا افسد من الاول اذ لا تعارض بين ذكر الشيء بحكمه ، وذكر بعضه بعينه ، ومنهم من قال هو من باب تخصيص العموم بالمفهوم وهذا المأخذ اقرب لكنه ضعيف هنا لأن الطعام ههنا وان كان مشتقاً فاللقبية اغلب عليه حيث لم يلح في معنى يقتضي اختصاص النهي به فالصواب التعميم وبه يزداد عندك ضعف كلام الشارح وضوحاً ، واعلم انه اشتهر نسبة الخلاف الى مالك فيما عدا الطعام كذا مطلقاً والذي في نهاية المجتهد لابن رشد المالكي انه لا خلاف في مذهبه في الطعام الربوي ان القبض شرط في صحة بيعه واما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان احداهما المنع وهو الاشهر وبها قال احمدوابوثوروفي فتح الباري انه فرق مالك بين الجزاف والمكيل في المشهورعنه ، فاجاز بيع الجزاف قبل قبضه وبه قال الاوزاعي واسحق ، واحتج لهما المصنف بان الجزاف يرى فيكفي فيه التخلية والاستيفاء انما يكون في مكيل او موزون وقد روى احمد من حديث ابن عمر مرفوعاً من اشترى طعاماً بكيل او وزن فلا يبيعه حتى يقبضه . قلت وهذا مفهوم لا يقوى على مقاومة منطوق النهي عن بيع ما لم يقبض ولا تخصيصه .

الله ، واما قول ابن عباس لا احسب كل شيء الا مثله فقد عرفت انتقاضه بهبة النبي صلى الله عليه واله وسلم البكر الذي شراه من عمر لابنه قبل قبضه ، والا لزم في كل بيع [(١)] صحيح ان لا يملك الا بالقبض فلا يستحق المشتري على البائع تسليمه بمجرد العقد ويكون ذلك شاهداً لاثبات خيار المجلس واما قول المصنف ان خبر حكيم بن حزام بلفظ « اذا ابتعت مبيعاً فلا تبعه حتى تقبضه » فوهم في تعميم [(٢)] المبيع لأنه عند النسائي بلفظ « ابتعت طعاماً من طعام الصدقة فربحت فيه قبل ان اقبضه فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال لاتبعه حتى تقبضه » ﴿ **او** ﴾ كان البيع ﴿ **بعده** ﴾ اي بعد القبض ايضاً فانه لا يصح اذا كان بيعاً لما اشترى غايباً ، ثم بيع بعد القبض ﴿ **قبل الروية** ﴾ لكن لا في كل مشترى بل ﴿ **في** ﴾ المشترى ﴿ **المشترك** ﴾ بين جماعة قبضوا ولم يروا وانما امتنع بيع احدهم لأنه يمنعهم الرد بالروية التي يستحقونها على المبايع منهم او يستلزم تفريق الصفقة عليه ، ولهذا قال ﴿ **الا** ﴾ ان يبيعوه ﴿ **جميعاً** ﴾ للخلوص من المحذور المذكور ﴿ **و** ﴾ لا يصح البيع الصادر من ﴿ **مستحق الخمس والزكاة** ﴾ كالفقير والامام ان بيع ما لم يقبضه قبض مثله ولو كان بيعه ﴿ **بعد التخلية** ﴾ الصحيحة اليه لأنها انما كانت قبضاً في البيع لكون الملك حصل في العقد ، وانما هي شرط لصحة التصرف بخلاف الصرف فانما يحصل الملك بالقبض كما تقدم في الزكاة ، اذ لا عقد ويشهد [(٣)] لذلك النهي عن بيع الغنيمة حتى تقسم كما تقدم في مسألة بيع

---

(١) **قوله** : والا لزم في كل بيع صحيح ان لا يملك الا بالقبض ، اقول : هذا غير لازم فان الشارع انما نهى عن بيع المشترى قبل قبضه ، وهو دليل على انه قد ملكه بالعقد وانما نهاه عن بيعه قبل قبضه ، والا فقد صار ملكاً له فهذا حكم خاص في ما ملكه المشتري ، وسيأتي للشارح قريباً الاقرار بهذا حيث يقول ان الملك حصل بالعقد ، وانما هي اي التخلية شرط بصحة التصرف كذلك هنا القبض شرط لصحة البيع .

(٢) **قوله** : فوهم في تعميم المبيع ، اقول هذا وهم من الشارح فان لحكيم حديثين احدهما اخرجه البيهقي وغيره بلفظ « انه قال حكيم قلت يا رسول الله اني رجل اشتري بيوعاً فما يحل لي منها وما يحرم ، قال يا ابن اخي اذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه » . وهذا الذي اراده المصنف ، وهو دليل لمدعاه والحديث الآخر هو ما اشار اليه الشارح وغيره خاص بالطعام ، ولم يرده المصنف .

(٣) **قوله** : ويشهد لذلك النهي عن بيع الغنيمة حتى تقسم ، اقول : لا شهادة في ذلك لأن حصة الغانم الذي يريد البيع لم تعين ولا تحقق قدر ملكه لها حتى تقسم ، لأنه يجوز ان الامام يأخذ له الصفى ، وانه ينقل منها يرضخ منها فكل ذلك جائز له فلا يتحقق الملك وقدره الا بعد القسمة .

الميراث وحققنا لك في كتاب الخمس انها انما تملك بتمليك الامام الذي هو القسمة ، وهي حقيقة القبض ، واما قوله ﴿ **الا المصدق** ﴾ فان التخلية اليه قبض ، فبناء على ما تقدم في الزكاة ، من انه وكيل قبض وليس على المالك اكثر من التخلية بينه وبينها ﴿ **ومتى انضم الى جائز البيع غيره فسد ان لم يتميز ثمنه** ﴾ نحو ان يشتري عبدين بثمن لم يتميز فيه ثمن كل واحد فينكشف احدهما حراً فان البيع يفسد لجهالة قدر ثمن العبد ، اما لو تميز صح البيع فيه ، وان بطل في الحر .

فصل

﴿ **وعقد غير ذي الولاية** ﴾ على العقد وهو الفضولي اذا عقد ﴿ **بيعاً وشراء** ﴾ صحيح لكن نفوذه ﴿ **موقوف** ﴾ على اجازة المالك له او المتولي كما تقدم ، واذا وقعت الاجازة فانه ﴿ **ينعقد** ﴾ وقال الناصر والشافعي لا يصحان منه ، وقال ابو حنيفة يصح البيع لا الشراء ، وقال مالك عكسه ، لنا حديث « انه صلى الله عليه وآله وسلم دفع ديناراً الى عروه البارقي ليشتري به شاه فشرا به شاتين وباع احدهما بدينار وجاء بشاه ودينار فقال«بارك الله لك في صفقة يمينك » ابو داود والترمذي وابن ماجه الدار قطني من حديث عروه البارقي ، قالوا في اسناده سعيد بن زيد[١] اخو حماد مختلف فيه ، قلنا من رجال مسلم واستشهد به البخاري قالوا عن لِماز [٢] بن زَبَّار وهو ناصبي [٣] جلد ، وقد قيل انه مجهول ، قلنا وثقة ابن سعد ، وقال حرب سمعت احمد اثنى عليه [٤] وقال النووي والمنذري اسناده حسن صحيح لمجيئه من

فصل وعقد غير ذي الولاية .

(١) **قوله** : سعيد بن زيد، اقول: في الميزان النسائي وغيره ليس بالقوى احمد ليس به بأس السعدي ليس بحجة يضعفون حديثه .

(٢) **قوله** : لماز ، اقول بكسر اللام وتخفيف الميم ، وزاي كما في التقريب وزبَّار بفتح الزاي وتشديد الموحدة فرا .

(٣) **قوله** : ناصبي جلد ، اقول : في الميزان حضر وقعة الجمل وكان ناصبياً ينال من علي رضي الله عنه ويمدح يزيد انتهى بلفظه .

(٤) **قوله** : اثنى عليه ، اقول : كأنه اثنى بحفضه وصدقه لا بديانته ، فانه يعلم احمد ان سباب المسلم فسوق وقتاله كفر كما ثبت به النص .

وجهين، فإن البخاري والشافعي روياه من طريق ابن عيينه عن شبيب ابن غرقده [١] سمعت الحي يحدثون عن عروه قالوا شبيب بن غرقده لم يسمعه من عروة وانما سمعه من الحي والحي غير معروف مع اسناده مبهم .

ولهذا علق [٢] الشافعي العمل به على فرض الصحة ، قلنا له الشاهد [٣] عند ابي داود من حديث حكيم بن حزام نحوه ، قالوا من طريق شيخ من اهل المدينة مجهول ، قلنا الطريقتان المرسلتان يبلغان المسنده مرتبة الحجية وايضاً عموم أحل الله

(١) قوله : عن شبيب بن غرقده ، اقول شبيب بالمعجمة فموحدة فمثناه تحتيه اخره موحدة ، وغرقدة بالمعجمة فرا ساكنة فقاف فمهملة ، وشبيب وثقة احمد ثم الظاهر ما جنح اليه الشارح من ان الحديث لا يزل من درجة قبوله والعمل به ، واراد بقوله المرسلتان رواية البخاري والشافعي ، وبالمسندة رواية ابي داود ، ولا يخفي ان الكل من الثلاث الروايات فيها مجهول ، في الاولتين الحي وفي الثالثة الشيخ المجهول ، ونقل ابن حجر عن الرافعي انه قال رواية البارقي مرسلة فقال ابن حجر قلت : والصواب انه متصل في اسناده مبهم ، والشارح قد عبر عن ذلك بمبهم كما قال ابن حجر ، ثم عبر هنا بالارسال والامر قريب . وهنا سؤال وهو ان يقال انه صلى الله عليه واله وسلم امره بشراء شاة فشرا اثنتين فهلا كانت هذه مخالفة ينعزل بها ؟ وجوابه ان ظاهر الامر التفويض له حيث لم يعين المطلوب شراه ثم فيه دليل ان قبض الوكيل كقبض الموكل فانه باع الشاه قبل قبض المالك .

(٢) قوله : ولهذا علق الشافعي الخ ، أقول : وكذلك البخاري فانه قال ان صح قلت به ، وقال الشافعي ان صح حديث عروةفكل من باع أوأعتق عن غيره ثم رضي فالبيع والعتق جايز، ونقل المزني عنه انه ليس بثابت عنده ، وقال الشافعي في الجديد انه موقوف على اجازة مالكه . وأعلم ان في شرح المنهاج للدميري ان الشافعي يقول ان حديث البارقي مرسل ، وهو يحتج به اذا وافق القياس فانه أحتج بحديث عروه على من وكل في شرا شاة بدينار له ان يشتري شاتين بدينار لانه هنا وافق القياس فاحتج به على بيع الفضولي لانه مخالف للقياس . ومما احتج به الشافعي على عدم صحة بيع الفضولي حديث الترمذي وهو قوله صلى الله عليه وسلم «لا طلاق الا فيما يملك ولا عتاق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك» حسنه الترمذي .

(٣) قوله : قلنا له شاهدعندأبي داود، أقول أخرجه الترمذي بلفظ ثنا أبوكريب ثنا ابوبكربن عياش عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعث حكيماً يشترى له أضحية بدينار فاشترا أضحية فأربح فيها ديناراً فاشترا أخرى مكانها فجاء بالاضحية ودينار الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال ضح بالشاه وتصدق بالدينار قال ابو عيسى لا يعرف حديث حكيم بن حزام الا من هذا ، وحبيب بن ابي ثابت لم يسمع عندي من حكيم .

البيع ، شامل له وكون تولي المالك العقد شرطـاً او كون تولي الغـير مانعـاً حكمان شرعيان يفتقران الى دليل .

قال المصنف وأما فرق أبي حنيفة بين البيع والشراء فلا وجه له .

قلت نظر ابو حنيفة الى أن عروة مأمور بمطلق الشراء فليس بفضولي فيه ، بخـلاف البيع ، ونظر مالك الى انه ليس مأمور بشراء الثانية ، وانما نفذ بالاجازة ، وأما بيعها فلانه كان قبل اجازة الشراء ، فهو قبل الملك والاجازة [١] انما تصح من المالك ﴿ **قيل** ﴾ ولا يشرط في انعقاده بالاجازة كونه صحيحاً بل ﴿ **ولو** ﴾ كان العقد ـ عقد ـ الفضـولي ﴿ **فاسـداً** ﴾ وأشار المصنف بلفظ القيل الى ان ظاهر كلام هذا المذهب اشتراط صحة العقد واحتج له بأن عقدي البارقي وحكيم كانا صحيحين .

قلت لكنه دور اذ لا يثبت كون عقدهما صحيحاً حتى يثبت ان الموقف صحيح وقد وقع في رسم البيع اشتراط وقوع العقد من مالك أو متول كما تقدم وعرفناك [٢] ورود البيع الموقوف

---

(١) **قوله** : والاجازة انما تصح من المالك ، أقول : بعد تصحيح الاستدلال بحديث البارقي فقد دل انها دخلت الشاه الاخرى في ملكه صلى الله عليه وآله وسلم بمجرد نية الوكيل وقبضه لها كقبض المالك وبيعه لها عن المالك نافذ بعد اجازته له ، فاجازته صلى الله عليه وآله وسلم تابعة لملكه وقد أجاز البيع قطعاً ودخولها في ملكه كان بنية الوكيل ، فالحديث دليل على لحوق الاجازة بعقد الشرا والبيع ، وان لم يعلم المالك الا بعد وقوع العقدين ، ومن الادلة على صحة هذا البيع والشرا الموقوف قصة صاحب الفرق الآرز وتثميره لمن أجره وبيعه وشراه في ذلك الصاع حتى صارت له أبل وبقر وغنم وهي معروفة في قصة الثلاثة الذين انطبق عليهم الغار ، وحكاها لنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأقرها فلا يقال هي من شرع من قبلنا ، فلا يلزمنا الا انه قال ابن حزم ان فيه ان الاجازة ليس فيه انها كانت بفرق ذرة بعينة ، بل ظاهرة انها كانت بفرق ذرة في الذمة فاذا كان ذلك كذلك فلم يبع له شيئاً بل باع ماله وتطوع بما اعطاه وهذا حسن وهو قولنا ، ولانه لو كان فيه انه فرق بعينه فانه لا حجة فيه لانه اعطاه أكثر من حقه فرضي وأبرأه من عين حقه كلاهما متبرع بذلك من غير شرط ، هذا جايز عندنا حسن ثم قال انه حجة على المخالف القايل بجواز بيع الفضولي وذلك انه عرض حقه فابا حتى أخذه وتركه ومضى فقد بطل حقه على أصلهم اذ سكت عن أخذه ولا طلب له فيه بعد ذلك.

(٢) **قوله** : وعرفناك ورود البيع الموقوف عليه ، أقول : وعرفناك عدم وروده عليه فتذكر .

عليه ، وأما اجازة النبي صلى الله عليه وآله وسلم فغايتها بيان [١] جواز الدخول في الفاسد كما سيأتي من دعوى الاجماع على جواز الدخول فيه ولا مستند للاجماع الاكتاب أو سنّة. قيل ولا يشترط اضافة الايجاب الى المالك ، بل سوا اضافة البايع الى المالك **﴿أو قصد البايع﴾** انه باع **﴿عن نفسه﴾** لا عن المالك وخص البايع بتجويز العقد مع عدم اضافته الى المالك لانه يخالف المشتري في انه لا بد له من الاضافة الى غير نفسه والالزمه الشراء لنفسه والفرق واضح فإن المبيع لما لم يكن ملكاً للفضولي كانت اضافته الى نفسه كلا اضافة بخلاف الشراء فانه أهل لانتقال الملك اليه ، فاذا لم يضف انتقل الملك اليه قطعاً . وأما انه لا ينعقد الا **﴿مع بقا المتعاقدين﴾** في الحياة **﴿و﴾** بقا **﴿العقد﴾** سالماً عما يبطله من رد المالك له بقول أو فعل فقد خالف المنصور في اشتراط بقا المتعاقدين ، والامام يحيى وهو الحق [٢] لان كون بقاهما شرطاً حكم شرعي يفتقر الى دليل شرعي على ان تعليق [٣] الظرف بالانعقاد لا وجه له لان البقا في الاستقبال وقد عرفت فساد العقد بتقييده بمستقبل .

---

(١) **قوله** : بيان جواز الدخول في الفاسد ، أقول : يقال عليه ما قاله من انه لا يتم الاستدلال بجواز الدخول في الفاسد حتى يعلم ان عقد البارقي فاسد وهو دور ، والحق ان الاصل في العقود الصحة ودعوى انه فاسد خلاف الاصل فلا بد من الدليل عليه فقول شارح الاثمار انه لا دليل على ان عقد عروة صحيح غير صحيح اذ الاصل صحته فالدليل على مدعي الفساد .

(٢) **قوله** : وهو الحق ، أقول : بنا على ما نقرره قريباً من صحة ارث الاجارة والقبول ونحن نقلب الكلام عليه ونقول الاجازة والقبول حكم شرعي محتاج الى الدليل على انهما يورثان .

(٣) **قوله** : على ان تعليق الظرف ، أقول : أراد قوله مع بقا المتعاقدين بالانعقاد من قوله ينعقد ، وقوله لان البقا في الاستقبال أي وقد عرفت فساد العقد بتقييده بمستقبل محل تأمل ، فان الذي يبطل بالتقييد بالمستقبل العقد الذي هو الايجاب والقبول ، وأما هذه العبارة التي في الازهار فما هي من ذلك انما هي تعبير عن العقد الموقوف ، ولا أظن شيخه رحمه الله نَظّر ذلك ، انما صوبه لما يأتي عن الاثمار قريباً ، وهذا من اوهام الشارح ، فان الفساد الحاصل بالتقييد بالمستقبل من أحكام مسمى العقد لا من أحكام اسمه ، على أن لك أن تقول عليه سلمنا فالتقييد بالظرف للاجازة لا يخرجه عن التقييد للعقد ، لانه قيد لها وهو قيد للعقد بجميع ذيوله ومنه الظرف ، فقد قيد العقد به ايضاً نعم حول في الفتح والاثمار قوله ينعقد الى ينفذ ، وقوله عقد في صدر الفصل الى قوله إنشاء ، قال شارح الاثمار انما حوله الى الانشاء لان العقد أسم لما هو مركب من الايجاب والقبول ، بخلاف الانشاء فانه يطلق على كل من الايجاب والقبول على انفراده فتناول عبارة الاثمار ، ما لو اشترا فضولي من زيد لعمرو فأجاز ذلك زيد

وكان شيخنا رحمه الله يصوب قوله ينعقد بينفذ ، لكنه لا يساعده قيل ولو فاسداً لان الفاسد [١] لا نفوذ له فلو أخر قوله مع بقا المتعاقدين والعقد عن قوله ﴿ **باجازة من هي** ﴾ أي الاجازة ﴿ **له حال العقد** ﴾ من مالك أو متول ليكون الظرف المذكور متعلقاً بالاجازة لكان [٢] هو الصواب ليكون المعنى ان العقد ينفذ بالاجازة الكاينة مع بقا المتعاقدين والعقد فلو أجاز الوارث بيع فضولي لمالي موروثه الذي مات قبل الاجازة لم يكن اجازة الوارث منفذه للعقد بناء على انه يبطل بالموت وفي بطلانه [٣] نظر لان العقد كان صحيحاً فكون الموت سبباً لبطلانه حكم شرعي وضعي يفتقر الى دليل ، وان لم يكن صحيحاً فذلك [٤] مذهب الشافعي في ابطاله من الاصل واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو باع فضولي مال صبي ولم تقع الاجازة الا بعد بلوغه فان الاجازة هنا لا تكون الا لمن ليست له حال العقد لأنها حال العقد للولي لا للصبي ، وقد انعزل ببلوغ الصبي وصارت الأجازة له . والاجازة تنفذ العقد سواء كان الواقع اجازة العقد نفسه ﴿ **أو اجازتها** ﴾ أي الاجازة والاجازة تتحقق ﴿ **بلفظ أو فعل يفيد التقرير** ﴾ لما صدر من الفضولي من عقد أو اجازة ﴿ **و** ﴾ التقدير بالفعل ينفذ ما فعله الفضولي و ﴿ **ان جهل** ﴾ المالك ﴿ **حكمه** ﴾ أي ايجابه نفوذ ما فعله الفضولي وهذا اذا

= قبل ان يقول البايع بعت ، فان هذه الاجازة تصح ، ولم يذكر أوجه التحويل الى ينفذ ، والظاهر ان وجهه ان الانعقاد بعقد الفضولي قد حصل بايجاب والقبول ، وانما الاجازة لنفوذه وصحة التصرف في العين والثمن ، وأبن بهران عطف ينفذ على ينعقد كالتفسير له ، والاشارة الى انه أريد بهما معنى واحد .

(١) **قوله** : لان الفاسد لا نفوذ له ، أقول : من قال انه ينعقد بالاجازة يقول انه ينفذ بها .

(٢) **قوله** : لكان هو الصواب ، أقول : هذه العبارة تقضي ان الصواب على ما قاله وان غيره خطأ ، والظاهر ان عبارة الكتاب صحيحة ومثلها عبارة الاثمار والفتح ، فان المعنى على تعليق الظرف بالانعقاد أو بالاجازة لا يتفاوت تفاوتاً يصير به تعلقه بالانعقاد خطأ ، اذ الكل يفيد ان الانعقاد يتوقف على الأمرين الاجازة وبقا المتعاقدين والعقد وهو واضح .

(٣) **قوله** : وفي بطلانه نظر ، أقول : تقدم قريباً ان الدليل على من يدعى أرث الحق لان الاصل عدمه .

(٤) **قوله** : فذلك مذهب الشافعي في إبطاله من الأصل، أقول : الشافعي وقف القول بالوقوف على صحة حديث البارقي لا أنه أبطله من الأصل .

كان قد علم عقد الفضولي لان فعله لما هو من لوازم عقد الفضولي المساوية له كاشف عن ارادة تنفيذه ﴿ **لا** ﴾ لو جهل ﴿ **تقدم العقد** ﴾ كأن يبيع سلعة فضولاً منه فانكشف ان فضولياً آخر كان اشتراها له أو نحو ذلك فان ذلك لا يكون اجازة لان الاجازة في الحقيقة هي البيع ولا بد فيه من الرضا وهو يستلزم العلم بالمرضى ضرورة لكن هذا ينافي ما سيأتي في الشفعة من الشفيع اذا اسقطها جاهلاً تقدم العقد على الاسقاط لم يمنع الجهل من سقوطها ﴿ **ويخير** ﴾ المجيز بعد الاجازة ﴿**لغبن فاحش** ﴾ وقع على الفضولي و﴿ **جهله** ﴾ المجيز ﴿ **قبلها** ﴾ وقال المؤ يد بالله لا خيار له بحال كما لو كان هو العاقد بالغبن **قلت** وهو قياس قول الهدوية ان ما رجع الى قوله أو فعله لم يفرق بين علمه وجهله ، كما ذكرنا في اسقاط الشفعة مع جهل تقدم العقد ﴿ **قيل و** ﴾ اذا حصلت في المبيع فوائد بعد العقد وقبل الاجازة فانها ﴿**لا تدخل الفوايد** ﴾ في المبيع ﴿ **ولو** ﴾ كانت ﴿ **متصلة** ﴾ حال الاجازة كالصوف واللبن وأشار بلفظ القيل الى ضعف هذا القول بناء على ان ملك المشتري استقر بالعقد بشرط الاجازة ، كما في المبيع بخيار ، وأشار بقوله ولو منفصلة الى فرق المنصور وغيره بين المتصلة والمنفصلة ، واشترط والدنا الامير على بن الحسين في اللمع علم المجيز بحصول فوايد بعد البيع ، والفرق بين الاجازة والخيار ظاهر ، فان الأمضا لبيع الخيار لم ينعطف على العقد بالتصحيح لصدوره من أهله بخلاف عقد الفضولي ، فانما أهلته الاجازة ، فالبيع في الحقيقة بها ولا بد من علم البايع بالمبيع وإلاّ خُيِّرَ لمعرفة قدر المبيع ﴿ **و** ﴾ لهذا ﴿ **لا يتعلق حق** ﴾ من حقوق المبيع نحو تسليم المبيع والثمن والرد بالخيارات ونحو ذلك ﴿ **بفضولي** ﴾ ولو كان البيع بنفس عقده لتعلقت به الحقوق كالوكيل ، واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو أجاز المجيز وقد علم بقبض الفضولي للثمن أو المبيع ، فانه يتعلق به حق المطالبة بتسليمها ، لكن لا يخفى ان المراد بحقوق العقد ما لزم أحد المتعاقدين لصاحبه لان ما لزمه للمجيز ليس من حقوق العقد وعرفناك ان التصحيح الموقوف اثبات [1] للملزوم ونفي للازمة فلا يتمشى [2] صحته الا على ما

(١) **قوله** : اثبات للملزوم ونفى للازم ، أقول : الملزوم البيع ولازمه تعلق الحقوق بالبايع ، ولك ان تقول انما ذلك لازم للبيع النافذ من حينه لا الموقوف وفيه نظر .

(٢) **قوله** : فلا يتمشى صحته الا على ما عرفناك ، أقول : اذا قيل بكفاية مجرد الرضا من المالك ، وهو هنا الرضا من المالك المجيز ، أو لا أعتبار بلفظ الايجاب والقبول فهذا لا يتم الا من المجيز لا من الفضولي ، فهذا عايد الى ان البيع وقع بنفس الاجازة لا غير ولا حكم بما وقع من الفضولي ولا يسمى ما أوقعه المالك اجازة ولا هو مجيز بل هو البايع عن نفسه وحـ فلا يتمشى العقد الموقوف ولا يبقى له أثر

عرفناك في أنه يكفي في صحة البيع مجرد الرضا وما يعتاده الناس في محقر أو غيره ﴿ و ﴾ لو عقد الفضولي عقدين لاثنين قبل الاجازة فان الاجازة انما ﴿ **تلحق آخر العقدين** ﴾ لان العقد الثاني فسخ للاول الا ان في كونه فسخاً نظراً لان العقد اذا صح من الفضولي فلا معنى لصحته ، الا وقوع المِلْك مشروطاً بالاجازة فلا يثبت له فسخه الا موقوفاً على اجازة الفسخ ايضاً ، والفرض هنا ان المجيز لم يجز الفسخ فلا ينفسخ بفسخ الفضولي فيكون كل من عقدي البيع باقياً ، فاذا اجازهما المجيز بلفظ واحد كان ذلك كعقد وليين في وقت واحد كما تقدم في النكاح ﴿ و ﴾ البيع لجميع المشترك بين شركا ﴿ **ينفذ في نصيب العاقد** ﴾ اذا كان ﴿ **شريكاً** ﴾ ويبقى بيعه لحصة شركائه موقوفاً على اجازتهم، واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو باع نصيبه في المشاع معيناً في جانب فانه لا يصح لانا لو صححنا بيع نصيبه مع عدم اجازتهم لبيعه لنصيبهم ولتعينه لما صححناه الا في نصيبه من الجانب المعين لا من غيره، واستلزم ذلك ضرراً عليهم في القسمة .

﴿ فصل ﴾

﴿ **والتخلية** ﴾ من البايع بين المشتري وبين المبيع اذا كانت التخلية مفعولة ﴿ **للتسليم** ﴾ أي لأجل كونه الغرض من التخلية ولا حاجة[1] الى ذكر التسليم لأن ذلك معنى التخلية عرفاً فانها حـ ﴿**قبض**﴾ يوجب تلف المبيع من مال المشتري ويصح تصرفه فيه

= وتقدم له في النكاح ان النكاح هو الاجازة نفسهافتأمل،وتقدم له تصحيح عقد الفضولي بقوله ان الحديثين المرسلين يبلغان المسند مرتبة الحجية ، وبقوله ان كون تولي المالك العقد شرطاً وكون تولي الغير مانعاً حكمان شرعيان يفتقران الى دليل شرعي وتقدم له ايضاً ان البيع في الحقيقة بالاجازة ، ولا يخفى ما فيه من التناقض ، وهنا نسختان في الشرح ومؤداهما متقارب ، وحاصلهما انه بعد تقريركم انه لا تعلق به الحقوق فلا وجه لقولكم غالباً ، فان الذي قبضه الفضولي من مبيع أو ثمن ليس من الذي تعلق بعقده بل لكونه رسولاً او كيلاً ، والا فانه فرط من قبضه فيعود عليه بالمطالبة في قبض ما قبضه وخلاصته ان غالباً هنا كالاستثناء المنقطع .

فصل والتخلية .

(١) قوله : ـ ولا حاجة الى ذكر التسليم ، اقول : ولذلك حذفه الأثمار والفتح الا انه قد وجه لزيادته ، فائدة فانها لاخراج ما لو خلا المبيع بنية الايداع لا بنية التسليم فانها لا تكون التخلية حـ قبضاً وضعف .

منقولاً كان أو غير منقول ، وقال الشافعي[١] لا بد في المنقول من نقله ، وقال الامـام يحيى التخلية تكفي لتلفه من مال المشتري لا للتصرف فيه للنهي عن بيع ما ليس عند البايع .

وأجيب بأن كون النقل شرطاً حكم شرعي وضعـي يفتقـر[٢] الى دليل شرعـي ولأنـه بالعقد[٣] صار عنده ، وانما حكمنا بتلفه قبل التخلية من مال البايع لشبهه قبل تسليم الثمن بالمرهون وبعـده بالمغصـوب . ولـكن التخلية لا تكون قبضـاً الا ﴿ في عقـد صحيح ﴾ بالأصالة او بالحكم لأن الفاسد لا يلزم المشتري به قبض المبيع الا ان فيه بحثاً وهو ان القبض في الفاسد ان كان جزاء لسبب الملك وشرطاً له ، وجب[٤] ان لا يستحق فيه الفسخ بعد القبض لكمال السبب بكمال اجزائه ، وشروطه ، وان لم[٥] يكن جزاء ولا شرطاً وانما لوصف المفسد

---

(١) **قوله** : ـ وقال الشافعي لا بد في المنقول من نقله ، اقول : في فتح الباري ان في صفة القبض عند الشافعي تفصيلاً ، فما يتناول باليد كالدراهم والدنانير والثوب فقبضه بالتناول ، وما لا ينقل كالعقار والثمرة على الشجر فقبضه بالتخلية ، وما ينقل في العادة كالأخشاب والحبوب والحيوان فقبضه بالنقل الى مكان لا اختصاص للبايع فيه .

(٢) **قوله** : ـ يفتقر الى دليل شرعي اقول الدليل ما سلف من حديث ابن عمر وابن عباس وفيهما النهي عن بيع الطعام حتى ينقله المشتري وقال ابن عباس لا احسب كل شيء الا مثله ، وتقدم النص على صحة حسبانه وانه قد ورد نصاً ، وكذا ما اخرجه ابو داود والدارقطني من حديث زيد ابن ثابت « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان تباع السلع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وهي حجة ناهضة للشافعي صريح في المنقول ، فالذي يفتقر الى الدليل هو جعل التخلية قبضاً .

(٣) **قوله** : ـ ولأنه بالعقد صار عنده ، اقول : ـ اي صار المبيع عند المشتري بنفس العقد ولا يخفى ان هذا يصادم حديث النهي عن بيع ما يشترى حتى ينقل ، وانه يلزم ان لا يجب على البايع تسليم المبيع الى مشتريه ، وانه اذا تلف عند بايعه تلف من مال المشتري وجواب الشارح عن هذا بانه شبه بالمرهون عدول الى التراب مع وجود الماء ، والشارح استدل للامام يحيى بحديث النهي عن بيع ما لم يقبض ، وان التخلية ليست بقبض عنده الا في التلاف في مال المشتري .

(٤) **قوله** : ـ وجب ان لا يستحق فيه الفسخ بعد القبض ، اقول يأتي للشارح التزام هذا على أصل من يرى جواز الدخول في العقود الفاسدة ولا محيص عنه .

(٥) **قوله** : ـ ان لم يكن جزءاً للسبب ولا شرطاً له ، اقول : بل يقول ليست بجزاء ولا شرط بل وقع الملك بالتراضي ، والعقد ، الا ان الشارع منع صحة البيع للعين المملوكة بالعقد الا بعد قبضها ، فالقبض شرط لصحة بيع المشتري لما ملكه بعقد الشراء ، وقد جعلت التخلية قبضاً .

بالفعل ممنوع والالزم مثله في وصف البائع اذ لا يكون بائعاً حقيقة الا بعد البيع ولا قائل باشتراط كون الكيلين بعد البيع ولو أعتبرنا حقيقة اللفظ لوجب ان لا يكفي مكيال واحد ، ولا قائل به ، فاذا المراد باختلاف الصاعين اختلاف الكيلين على المكيل ، وان كان كلاهما قبل العقد اذا أريد فعل الآخر منهما للمشتري ، وبنية شرائه بل هو الظاهر من الحديث كما عرفناك ﴿ **الا الذرع** ﴾ فلا يجب اعادته للبيع اما لان النص انما هو في المكيل وانما قيس عليه الموزون والمعدود بجامع امكان النقص الذي هو علة النهي ، أو لأن الذرع وصف للثوب بخلاف الكيل والوزن والعدد فليست بأوصاف لمقدراتها ، وفيه نظر لان نقص [١] المذروع ممكن ، ولان كونه وصفاً للثوب انما يتجه التعليل به فيما لو بيع الثوب جملة ووصف بالذرع المخصوص ولا نزاع في صحة مثل ذلك في المكيل والموزون كما في بيع الصبر فالفرق من وراء الجمع ﴿ **و** ﴾ المشتري ﴿ **يستحق القبض** ﴾ للمبيع ﴿ **بإذن البائع مطلقاً** ﴾ أي سواء كان صحيحاً أو فاسداً الا ان الاذن مجرد اباحة وهي لا توجب الاستحقاق في الفاسد وانما توجب جواز القبض لأن معنى الاستحقاق عدم جواز المنع له بعد الإذن ولا يثبت ذلك في الفاسد قبل القبض لأنه انما يملك بالقبض والاستحقاق [٢] فرع الملك ﴿ **أو توفير الثمن** ﴾ لكن ﴿ **في الصحيح** ﴾ [٣] فقط واذا ثبت للمشتري الاستحقاق ﴿ **فلا** ﴾ يجوز ان ﴿ **يمنع** ﴾ المشتري ﴿ **منه** ﴾ احد ﴿ **الا ذو حق** ﴾ ثبت له من البائع في المبيع قبل البيع

= الحديث بالاعتبارين واما صاع البائع الذي دخل الطعام في ملكه فهو صاع متقدم وقع به التقدير عند شرائه ، فليس بمراد في الحديث اصلا لانه ما صار الطعام ملكاً لبائعه الا بعد جريه فيه وبه تعرف عدم صحة قول الشارح كون المكيلين بعد البيع وبطلان قوله وان كان كليهما قبل العقد فانه لا يسمى الصاع قبله صاع بائع ولا صاع مشتر فلا يدخل تحت لفظ الحديث فانه نهى عن بيع الطعام وقبل العقد لا بيع ، فلا يتوجه اليه النهي .

(١) **قوله** : لان نقص المذروع ممكن ، اقول : قالوا مسلم الا انه في نقص المذروع نقص صفه ، وفي غيره نقص قدر ، والذي يخل بالبيع الثاني لا الاول ، قلت ولم يتضح لي ما قالوه فينظر ، والشارح قد جرى هنا وفيما سلف على انه لا فرق وهو الأقرب لمن الحق بالكيل غيره من المقادير لا كما اخترناه من انه لا يلحق بالمكيل غيره .

(٢) **قوله** : والاستحقاق فرع الملك ، أقول: هذا بحث رصين وكلام متين .

(٣) **قال** : في الصحيح فقط ، اقول : لم يستدل هذا هنا ولا في شرح الاثمار وكأنه لظهور الوجه وهو ان للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن . ولله جزيل الحمد وله المنه .

حكمه ﴾ كحضور الثمن فلا وجه[١] له كيف وقد صرح في البحر بأنه يجبر المشتري على القبض لأنه حق للبائع يخرج به عن عهدة الضمان وقرر قول الامام يحيى انه لو تمرد المشتري عن القبض لكان للبائع أن يقبضه له حيث لا حاكم إذْ له ولاية فيصير اميناً بعد ان كان ضميناً ، وذلك ظاهر في ان قبض الثمن ليس شرطاً في كون التخلية قبضاً كيف وقبض الثمن وقبض المبيع كلاهما حق للبائع ؟ وانما عليه الاقباض للمبيع فقط بتخلية أو غيرها ، ولا بد ان تكون التخلية ﴿ **بلا مانع** ﴾ كاين من جهة البايع بحيث يمنع المشتري ﴿ **من أخذه في الحال** ﴾ بأن يكون في يد الغير بحق كالمؤجر والمرهون او بغير حق كالمغصوب ومن ذلك كون العقد فاسداً أو كون المبيع معيباً أو ناقصاً ﴿ **أو** ﴾ حصل مانع من ﴿ **نفعه** ﴾ كما لو أبقى البايع متاعه في المنزل بحيث يمنع المشتري عن الانتفاع ، فلو اكتفى المصنف بهذا القيد لكفاه عن كل القيود[٢] المتقدمة لأن صحيحها مانع من القبض وفاسدها حقه الحذف ﴿**و**﴾ **إذا تشاجر البايع والمشتري في** تقديم تسليم المبيع او تسليم الثمن فانه ﴿ **يقدم تسليم الثمن** ﴾ لأن المبيع قد تعين والثمن لّما يتعين فيجب تساويهما في التعيين ، ولا تعيين الا بقبض الثمن لكون قوله ﴿ **ان حضر المبيع** ﴾ رجوع[٣] عما مضى من ان التخلية كافية في القبض ، ويستلزم وجوب ايصال المبيع الى المشتري حيث كان ، وقول المؤيد انه يعدل الثمن ثم يسلم المبيع رجوع الى تقديم تسليم الثمن لأن العديل وكيل للبايع بالقبض وقال المنصور بالله يقدم تسليم المبيع .

---

(١) **قوله** : ـ فلا وجه له ، أقول : في شرح الأثمار ما لفظه واسقط قوله مقبوض الثمن او في حكمه ، لأن قبض الثمن في التحقيق ليس شرطاً في صحة التخلية بدليل انهم فسروا ما في حكمه بأن يقول البايع للمشتري اقبض المبيع فتكون التخلية مع ذلك قبضاً ، وان لم يكن البايع قد قبض الثمن ، فدل ذلك على ان الأذن بالقبض كافٍ في صحة التخلية ومعلوم ان الاذن داخل في حقيقة التخلية فلا يكون شرطاً اذ من حق الشرط ان يكون امراً زائداً على حقيقة المشروط.

(٢) **قوله** : ـ عن كل القيود المتقدمة ، اقول : قد اكتفى به في الأثمار عما عدا قيد لنفعه فانه لا يغني عنه قيد اخذه ، ففي كلام الشارح ما لايخفى، وضميرفاسدها وصحيحها للقيود ، والفاسد منها ما نبه على خلله .

(٣) **قوله** : ـ رجوع عما مضى ، اقول : شرط حضور المبيع لا ينافي كون التخلية قبضاً لأن بالحضور يتم القبض فانه لو كان غائباً ما تمت التخلية .

قلت هو الأولى لأن الثمن مضاف اليه وفرع له والأصل تقدم الأصل والمضاف اليه ﴿ **ويصح التوكيل بالقبض ولو** ﴾ كان التوكيل ﴿ **للبايع** ﴾ خلافاً للشافعي وقول للمؤ يد محتجين بانه يصير مطلوباً بالثمن من حيث كونه وكيلاً طالباً له من حيث كونه بايعاً وطالب مطلوب محال . والجواب منع الاحالة مشيداً بما تقدم من اعتبار الجهتين في الفعل الواحد ، وقال الامام يحيى وقول للمؤ يد اذا اعطاه المشتري اناء يجعل المبيع فيه صح لأن ذلك نوع قبض من المشتري ، وهو استبعاد وغفلة عن صحة اعتبار الجهتين في الفعل الواحد كما قلنا في الصلاة في الدار المغصوبة ﴿**و**﴾ لكن البايع وان صح توكيله بالقبض فانه ﴿**لا**﴾[١] يصح ان ﴿ **يقبض بالتخلية** ﴾ بناء على ان يد البايع قبل التوكيل يد أمانة وذلك وهم على أصولهم لأن المبيع يتلف قبل القبض من مال البايع وذلك ينافي يد الأمانة وانما يستقيم على ما اسلفناه لك في البحث السابق آنفاً ، وعلى قول الامام يحيى ان له ولاية في القبض اذا تمرد المشتري عنه ولا حاكم وانه يصير اميناً بعد ان كان ضميناً ﴿**و**﴾ اذا [illegible]اج المبيع الى مون وهو باق في يد البايع فان ﴿ **المون قبل القبض** ﴾ أو التخلية ﴿ **عليه** ﴾ اذا كانت تلك المؤ ن مما لا يتم تسليم المبيع كاملاً إلا بها ﴿ **كالنفقة** ﴾ للعبد والبهيمة اذ لو تركهما[٢] لنقص المبيع لكن هذا انما يصح اذا كان[٣] امتناع القبض من جهة البايع اما اذا كان من جهة المشتري فقد تقدم ان البايع

(١) قوله : ـ ولا يصح ان يقبض بالتخلية ، اقول : حذفه الأثمار والفتح قال شارح الأثمار انما حذفه لأنه لا يتصور ابتداء التخلية في حق البايع اذ هي حاصلة مستمرة وانما يتصور في حق غيره ، فائدة في شرح الأثمار اذا قال المشتري للبايع ابعث بالمبيع الي مع فلان او نحو ذلك ، ثم فعل وتلف المبيع مع فلان فهو من مال البايع الا ان يجري في العرف بانه يكون وكيلاً للمشتري فمن ماله، وان قال ادفعه الى فلان أو سلمه اليه أو أعطه اياه فذلك توكيل ، فمتى سلمه اليه بري من ضمانة ، وهذا يستقيم مع علم فلان بأمر المشتري بالتسليم اليه لا مع جهله لأن علم الوكيل بالوكالة شرط في صحتها عندنا وهكذافي بيان ابن مظفر، ووجه الفرق بين قوله ابعث الي مع فلان، وبين قوله ادفعه الى فلان ان ادفعه امارة على انه قد واطى الرسول على قبضه ، وذلك توكيل صحيح ، بخلاف قوله ابعث به فلا امارة فيه على ذلك ، ذكر معناه في البحر .

(٢) قوله : ـ اذ لو تركهما لنقص المبيع ، اقول : فالمراد بالمؤ ن ما لها نفع في عين المبيع بالفطرة تجب على المشتري اتفاقاً كما في شرح الأثمار ، قال لأن النفقة لم تجب عليه لأجل الرق بل انما وجبت عليه لوجوب التسليم ، قلت الا ان في نقله الاتفاق نظراً فان فيه خلاف أبي طالب في النفقة والفطرة ذكره هو عقيب هذا وهو الحق على ما قررناه في الملك بالعقد وانه يصح كل تصرف قبل القبض غير البيع الذي ورد بالمنع عنه النص .

(٣) قوله : ـ اذا كان امتناع القبض من جهة البايع ، اقول : هذا وهم منه رحمه الله فليس الكلام في

يصير اميناً عند تعذر الحاكم ﴿و﴾ أما ﴿ **الفصل** ﴾ للمبيع عما هو متصل به نحو قطع الخشبة من الشجرة ﴿و﴾ منه ﴿ **الكيل** ﴾ فمانع القبض فيه من جهة البايع فيجب عليه ازالته ﴿ **لا القطف** ﴾ للثمرة المبيعة للعرف الشرعي بكونه على المشتري ﴿و﴾ مثله ﴿ **الصب** ﴾ لما ملي به المكيال من المكيل لتمام الاقباض[1] بدون ذلك ﴿ **ولا يجب التسليم** ﴾ للمبيع ﴿ **الى موضع العقد** ﴾ لأن البيع انما يوجب نقل الملك لا نقل العين واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو جهل المشتري حال العقد موضع المبيع ، فانه يجب على البايع تسليمه الى موضع العقد ولا وجه لذلك لأن غاية ما يلزم كون عدم الحضور عيباً يثبت له الفسخ به ان نقصت به القيمة بحيث لو علمت طيبته لما قوم في موضع العقد بذلك الثمن وان قوم في موضعه به لما يلحق احضاره الى موضع العقد من الغرامات ، وقال المؤيد بالله يجب على البايع تسليم المبيع الى موضع العقد سوى علم المشتري غيبته أو جهلها ، ولا وجه لايجاب ايصاله الى موضع العقد ﴿ **أو منزل المشتري الا لعرف** ﴾ في الموضعين كما في ثمن تجار البحر في بنادر السواحل للعرف بأن ما عقد عليه في البندر فالعقد مبني على حضوره فيه وكذلك العرف في بيع الحطب في غير المدن ان على الحطاب ايصاله الى منزل المشتري ونحوذلك ﴿و﴾ اذا باع احد الشركاء نصيبه في الحيوان المشترك فانه ﴿ **لا** ﴾ يجوز ان ﴿ **يسلم الشريك** ﴾ البايع ذلك الحيوان للمشتري ﴿ **إلا بحضور شريكه أو اذنه أو** ﴾ اذن ﴿ **الحاكم** ﴾ لنيابته عن الغايب وما كان للمصنف ان يطلق الشريك ، والمسألة مختصة بالشريك في الحيوان فقط ﴿ **والا ضمن** ﴾ البايع حصة شريكه ﴿ **إن أذن** ﴾ للمشتري بالقبض في غيبة شريكه ﴿و﴾ لو كان تلف الحيوان في يد المشتري لكن ﴿ **القرار** ﴾ للضمان ﴿ **على الآخر** ﴾ وهو من تلف الحيوان عنده ﴿ **ان جنى** ﴾ على الحيوان ﴿ **أو علم** ﴾ بأن البيع[2] كان بغير إذن الشريك هكذا اطلق المسألة في البحر ولم ينسبها الى قائل وعللها بأن

= المؤن اللازمة بعد الامتناع من القبض بل في التي لا بد منها بين البيع والقبض كلو وقع البيع وتأخر القبض الى ان يأتي العبد ونحوه ، ولم يكن قد حصل امتناع من بايع ولا مشتري .

(١) **قوله** : لتمام الاقباض بدون ذلك اقول بدون الصب لأن حقه قد تميز وصارت التخلية صحيحة قبل هذا حيث كان المكيال واحد ، اما اذا كان اكثر من مكيال فلا يجب الصب على المشتري الا في آخر مكيال اذ لا يلزمه قبض بعض المبيع وظاهر كلام الأئمة ان الصب على المشترى مطلقاً ووجهه أنه يغتفر التفريق بالوقت اليسير وهو وقت الكيل .

(٢) **قوله** : إن البيع كان بغير اذن الشريك ، أقول : فسرمتعلق العلم في الغيث بقوله اي علم عدم

نقل نصيب من لم يبع غصب له فيضمن ضمان الغصب المذكور وما ادرى ما مستند المسألة[١] وما وجه تخصيص المنع والضمان بشركة[٢] الحيوان فان كان مستندها ما سيأتي في الشفعة من حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لا يحل للشريك ان يبيع حتى يؤ ذن[٣] شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك فمع ان ذلك لا يختص بشريك الحيوان فهو يدل على عدم[٤] جواز البيع لا على عدم جواز التسليم فلا بد من الحكم بعدم جواز البيع وإلا وجب[٥] تسليم

= جوازه أي التسليم بغير اذن شريكه ، وقرره ساير شراح الازهار وقال الامام شرف الدين اي علم كون الشقص الذي علم من السياق بغيره ، اي لغير البايع وهو الذي في شروح التذكرة وغيرها ، قال وهو الذي ينبغي ان يفسر به الازهار ، والتذكرة ، قال لانه يفهم من عبارة الغيث انه اذا جهل انه لا يجوز للشريك التسليم الا برضا شريكه ان لذلك تأثيرا في انه لا يكون قرار الضمان عليه فغير صحيح اذ لا تأثير لجهل التحريم في الضمان اذا عرفت فهذان تفسيران لمتعلق العلم عدم جواز التسليم الا باذن الشريك او كون الشقص لغير البايع ، فهذا التفسير الذي جاء به الشارح لا يوافق واحدا منهما ، ثم هو خروج عن بحث المسألة اذ هي عقدت للتسليم لا للبيع .

(١) **قوله** : ـ ما مستند المسألة ، أقول : قد بينّ في البحر مستندها بقوله ان نقل نصيب من لم يبع غصب له فهذا مستند عدم الجواز للتسليم ، وقد نقله الشارح وذكر انه علل المصنف المسألة به ، فكيف يقول وما ادري ما مستند المسألة ؟ وقد ذكره وان أراد ما مستند جواز البيع لحصته مع حديث جابر الآتي فحسن الا انه ليس الكلام في البيع نفسه حتى يقول ما مستند المسألة .

(٢) **قوله** : ـ بشركة الحيوان ، اقول : في شرح الأثمار والغيث والفتح وشرحه اطلاقها في كل مشترك فهلا حمل ذكر الحيوان على التمثيل من المصنف فانه الذي ذكر في البحر الحيوان ومعلوم ان كل مشترك حكمه ذلك فحمله على التمثيل متعين .

(٣) **قوله** : ـ حتى يؤذن شريكه ، اقول : قد يقال في صورة الكتاب لا تنافي الحديث لجواز انه ما باع الا وقد اذن شريكه وأبى من الشراء والكلام بعد ذلك في التسليم وفيه وقع كلام الأزهار واستدل لتحريم التسليم بما سلف .

(٤) **قوله** : ـ على عدم جواز البيع ، اقول : يعني قبل الاذن لا مطلقاً ضرورة ان الشركة لمجردها لا تمنع العين المشتركة عن جواز بيعها فاذا ترك الشريك الشراء بعد الايذان جاز لشريكه بيع حصته فالحديث قد دلّ على جواز البيع كما دل على عدم الجواز حتى يحصل الايذان .

(٥) **قوله** : ـ والا وجب تسليم المبيع ، اقول : قد يقال ليس من لازم البيع لم لا يكون كالبيع الموقوف .

المبيع ولم يكن[١] تصرف البايع في ملكه غصباً ولا تصرف المشتري لأن الشركة انتقلت بانتقال المبيع وكل شريك[٢] فله ولاية على المشتري عند غيبة شريكه أو تمرده فكيف تكون يده يد غصب ﴿ **ولا ينفذ في المبيع قبل القبض** ﴾ بشيء من التصرفات وقد تقدم تحقيق المسألة والخلاف فيها والحجج فلا نكرره وانما احوج[٣] المصنف الى اعادته الاستثناء بقوله ﴿ **الا الوقف والعتق** ﴾ خلافاً لابن خيران فيهما ايضاً لنا انهما استهلاك وهو قبض[٤] ورد بأن كونه استهلاكاً محل النزاع لأن القبض جزء سبب الملك أو شرطه وانتفاء الشرط والسبب موجب لانتفاء المسبب ، فهو كما لو اعتق أو وقف ملك الغير ولا سبيل الى الفرق بين العتق والبيع بعد ذلك لأنهما كليهما استهلاك حكمي كما سيأتي ان شاء الله تعالى ، والا لما صح قوله ﴿ **ولو** ﴾ كان العتق ﴿ **بمال** ﴾ كالكتابة فانها بيع في الحقيقة وان كان مخالفاً للقياس في بيع ماله بماله ﴿ **ثم ان تعذر الثمن** ﴾ على البايع لافلاس المشتري او نحوه بعد ان اعتق قبل القبض

---

(١) **قوله** : ـ ولم يكن تصرف البايع في ملكه غصباً ، أقول : هذا رد لما علل به البحر اصل المسألة ، لكنه غير خافٍ انه لم يقل ان تصرفه في ملك نفسه غصب بل قال نقله لنصيب من لم يبع وهو شريكه غصب فما لنا ولتصرف المالك في ملكه انما تصرفه استلزم نقل نصيب شريكه فكان غصباً ان نقل

(٢) **قوله** : ـ وكل شريك فله ولاية ، اقول ليس الكلام في المسألة مبنياً على غيبة الشريك أو تمرده ، وقوله فكيف تكون يده يد غصب ظاهره ان الضمير للشريك البايع وليس الكلام في يده انما الكلام في نقله لملك غيره فان أريد بالشريك المشتري الآخر لكونه قد صار شريكاً بانتقال المبيع اليه فهذا مبني على صحة البيع والتسليم وهو محل النزاع ففي كلامه ما لا يخفى والا ظهر في المسألة مع البحر.

(٣) **قوله** : ـ وانما احوج المصنف الى عادته ، اقول : تقدم انه لا يتصرف فيه قبل قبضه وهنا الحكم عدم النفوذ لو دَفع التصرف فبينهما مغايرة فهو افادة لا اعادة .

(٤) **قوله** : وهو قبض ، اقول : استدل في شرح الأثمار لذلك بأن ما هو استهلاك فله قوة فاشبه ما اذا اتلف المشتري المبيع قبل أن يقبضه فانه يتلف من ماله ولم يقل ان الاستهلاك قبض وفي البحرانه كالقبض ، فقول الشارح انه قبض لا يخلو عن تسامح ، ويأتي له قريباً مثل عبارة البحر ، واعلم ان الأحاديث وردت بالنهي عن بيع ما لم يقبض فأفادت بمفهومها جواز غير البيع لكنهم الحقوا به الاجارة والهبة والوصية والترويج والرهن ، ولا شك انه الحاق بالقياس على البيع ولا نص على العلة فلا بد من بيانها وبيان تكامل شرايط القياس وبيان ما بين هذه الأشياء وبين الاستهلاك كما اشار الشارح الى الآخر منها ، والحق ما اسلفناه وانبهنا عليه قريباً .

﴿ **فللبائع فسخ ما لم ينفذ** ﴾ كالكتابة قبل الايفاء والتدبير قبل الموت ﴿**و**﴾ وان كان العتق قد نفذ فللبائع ﴿ **استسعاؤه** ﴾ أي المملوك الذي اعتق ﴿ **في** ﴾ العتق ﴿ **النافذ** ﴾ .

قال المصنف إذ حق البايع اسبق وهو تهافت لأنه نفسه صرح بأن العتق كالقبض والقبض لاسعاية[1] معه وما كان احوجه الى موافقة ابن خيران لينجو من هذه التلوثات أو يجعل العتق[2] كالوقف لما لا يمكن استسعاؤه ؟ . واذا قلنا بالسعاية فانما يسعى العتيق ﴿ **بالأقل من القيمة والثمن** ﴾ أما اذا كان الأقل هو الثمن فلأن البائع قد رضي به واما اذا كانت القيمة أقل فلأن السعاية كضمان القيمي ولا يضمن الا بالقيمة ﴿**و**﴾ العتيق له ان ﴿**يرجع على المعتق** ﴾ ان نوى الرجوع او كان تسليمه بأمر الحاكم .

قلت اما بأمر الحاكم فصحيح واما بمجرد النية فلا لأن تسليمه اختياراً مصادقة للغير بحق على المعتق فلا يلزمه ، ومسألة نفوذ العتق واستحقاق الاستسعاء خلافية ولا يثبت فيها لزوم الا بحكم الحاكم ﴿ **ومن اعتق ما اشتراه من مشتر لم يقبض صح** ﴾ العتق ﴿ **ان**

---

(١) **قوله** : ـ والقبض لا سعاية معه ، اقول : هل لا سعاية على العبد بعد قبضه وايفاء المشتري لثمنه ؟ فنعم ليس من محل النزاع في شيء أو لا سعاية بعد قبضه وتعذر ثمنه فالبايع اولى بما تعذر استيفاء ثمنه فعدم السعاية لكون العبد عايداً الى يد سيده وبالجملة مسألة القبض لا تلاقي هذه المسألة ، لأنه لا استهلاك بمجرد القبض بخلاف ما هنا ، فانه قد استهلك العين بوقفها او عتقها ، فأخرجها عن ملكه هذا تقرير مرادهم والا ظهر هنا عدم نفوذ العتق والوقف كما قال بن خيران ورجحه الشارح ، كما لا ينفذ غيرهما عندهم من التصرفات ووجهه انه بقي في العين المباعة حق للبايع وهو جواز حبسها حتى يسلم الثمن ، فبأي وجه يبطل حقه ويخرجها من يده بعتق أو وقف ؟ وكيف يتقرب الى الله تعالى بشيء فيه حق للغير قد يوجب الشرع رده في ملكه مع الافلاس ؟ ثم يوجب على العبد السعاية ويكلفه مونةنفسه والسعايةفي قيمته وقد كان في كفاية عند مالكه وذمته برية عن الدين وكلفه السعاية ، ثم يكلفه بالمطالبة بعد ذلك لمعتقه فيما سلمه لبايعه ،وبالجملةفمحاسن الشريعة تأبا هذا غاية الآباء.

(٢) **قوله** : ـ أو يجعل العتق كالوقف لما لا يمكن استسعاؤه، أقول : كأنه يريد بما لا يمكن استسعاؤه الأراضي ونحوها لو شراها ووقفها فانه لا يبقى فيها حق للبايع بل يذهب قيمة ما باعه هذا مراد الشارح ، قلت وليس كذلك بل قد صرحوا بانه يستغل الأرض ، قال المصنف في الغيث قلت واما اذا تعذر الثمن بعد ان وقفه المشتري قبل قبضه فانه يستسعى كما في العتق فان لم يكن عبداً استغله البايع حتى يستوفي الثمن . زاد في شرح الأثمار والفتح انه يرجع الموقوف عليه على الواقف بالغلة . واما كونه يشابه القبض ففي صحة التصرف لا غير النهي.

اعتقه بعد القبض بأذن الاولين ﴾ اي البايعين [١] ولو قال كذلك لكان اولى لكن لا حاجة الى اذن الثاني لأن اذن الاول منهما له بالقبض اجازة لبيع الثاني فهو كما لو اجاز الفضولي فانه ينفذ ﴿ **او** ﴾ لم يقبضه الا بإذن ﴿ **الثاني** ﴾ بعد ان ثبت كون الثاني ﴿ **موفراً للثمن** ﴾ الى البائع الاول ﴿ **والا** ﴾ يعتق بعد قبضه بل قبل قبضه او بعد قبضه من دون اذن منهما او بإذن الثاني قبل ان يوفر الثمن الى البائع الاول ﴿ **فلا** ﴾ يصح العتق الا ان هذا كله في حيز الدعاوى لأن مانع [٢] العتق انما هو عدم القبض وحيث قد نفذ مع اتحاد البيع نفذ مع تعدده لان تعدده طرد في مانع النفوذ فان البيع الثاني تسليط على القبض والتصرف فهو كما لو كان المعتق وكيلا بعتق ما لم يقبضه الموكل ، واما توفير الثمن الى البائع الاول فهو وان كان موجباً لاستحقاق القبض طرد في مقتضى النفوذ ، اذ لو قبضه قبل توفير الثمن ثم باعه ممن اعتقه بعد القبض وقبل توفير الثمن لنفذ العتق اتفاقاً وبذلك تعرف طردية التفاسخ والتوفير للثمن ﴿ **وما اشترى** ﴾ شراء معلقاً ﴿ **بتقدير** ﴾ من احد المقادير معين نحو عشرين صاعاً او رطلا ولم يكن ذلك التقدير ﴿ **وقع** ﴾ الا ﴿ **قبل اللفظ** ﴾ بالبيع ﴿ **اعيد** ﴾ التقدير ﴿ **لبيعه** ﴾ اي لأجله ﴿ **حتماً** ﴾ ولو قال لمشتريه لكان هو الصواب [٣] لأن الشرط حضور المشتري

---

(١) **قوله** : البائعين ، اقول : هو بلفظ التثنية والمراد بهما البائع الذي العبد باق في يده والبائع الذي لم يقبضه ، وصورة ذلك باع زيد من عمرو عبداً ثم باعه عمرو من خالد قبل قبضه ، فهذا البيع الواقع من عمرو بيع فاسد والفاسد لا يملك الا بقبض المبيع بأذن بائعه ، فاعتاق خالد له قبل قبضه غير صحيح لأنه اعتاق لما لم يملك ، فان قبضه بأذن البائع صح عتقه ونفذ هذا اذا كان عمرو قد سلم لزيد الثمن فان لم يكن قد سلمه له لم يكف اذن عمرو بل لا بد من اذن زيد وعمرو ايضاً لخالد به وانما اشترطنا اذن زيد حيث لم يسلم اليه عمرو الثمن لأنه ليس لعمر قبض العبد حيث لم يسلم ثمنه الا بأذن زيد .

(٢) **قوله** : لأن مانع العتق انما هو عدم القبض ، اقول : مانع العتق عدم الملك اللازم عن عدم القبض فانه لا عتق الا فيما يملك ، وهنا لا يملكه حتى يقبضه كما صورناه فالعتق لاغ واقع على عين غير مملوكة والشارح سافر ذهنه عن مراده حتى توهم ان تعدد البيع مانع واشتغل ببيان كونه طرداً وهم غير ناظرين الى اتحاد ولا تعدد في البيع بل لو شراء من واحد عبداً شرا فاسداً وقبضه بغير اذن بائعه واعتقه لم يصح عتقه ايضاً لانتفاء القبض الذي يملك به الفاسد وهو الأذن من البائع وبه تعرف انه اشتغل ببيان كلامه قبل فهم مرادهم .

(٣) **قوله** : لكان هو الصواب ، اقول : قد حول الأثمار العبارة والفتح ولخصاها .

واستيفاؤ ه لنفسه والا لزم ان يكفي كيل البائع بنية البيع وان لم يحضر المشتري وليس كذلك ، ثم ظاهر قوله لبيعه انه لا يشترط تأخر التقدير على الشراء بل يكفي وقوعه بحضرة المشتري لأجل البيع منه ، وان تقدم التقدير على الشراء بل ظاهر الدليل كما سيأتي انه يتقدم التقدير على البيع ايضاً وهذا بخلاف [١] ما لو كان البيع جزافاً معلقاً بالجملة فانه لا يجب اعادة التقدير **وانما وجبت الاعادة** للتقدير لحديث انه صلى الله عليه واله وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري « ابن ماجه والدار قطني والبيهقي في حديث جابر وفيه » ابن ابي [٢] ليلى عن ابي الزبير لم يصرح بالتحديث وهو من مدلس لأن البيهقي قال قد

---

(١) **قوله** : بخلاف ما لو كان البيع جزافا ، اقول : هذا مفاد قوله بتقدير ، وعبارة شرح الاثمار وحاصل كلام اهل المذهب ان من اراد بيع المكيل ونحوه ، فاما ان يشتريه مكايله او جزافاً فان اشتراه جزافاً جاز له بيعه من دون كيل سواء باعه مجازفة او مكايلة . وبه تعرف ان قول الشارح بخلاف ما لو كان البيع جزافاً غير صحيح ، وانه كان الصواب ان يقول بخلاف ما لو كان الشراء ، وعبارة الازهار قاضية بذلك حيث قال وما اشترى بتقدير اي لا ما اشترى جزافاً فالنظر في التقدير الى الشراء لا الى البيع فانه لا عبرة به بيع جزافاً او كيلا ، واعلم ان دليل الاعادة في غير الجزاف لفظ الحديث ومفهومه ، لان قوله الصاعان دل على ان المراد المبيع الذي جرى فيه الصاع اولا ، لا ما لم يجر فيه وهو الجزاف ، فأخذ الفقهاء بمفهومه وهو صحة بيع ما لم يجر فيه كالجزاف الا ان النهي عام لبيع كل طعام فلا يتم تخصيص بيع الجزاف الا بحديث ابن عمر المتقدم بلفظ « كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً وعلم به النبي صلى الله عليه وآله وسلم واقرهم عليه »فالحديث دال على ان من باع طعاماً جرا فيه صاعه عند شرائه ثم أراد بيعه ولو في مقام شرائه فلا بد ان يعيد كيله لمشتريه وان كان حاضراً عند كيل البايع له لنفسه ، وحديث عثمان وحكيم ابن حزام وفيه» فنها هما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان يبيعاه حتى يكيلاه»قاض بالعموم لماشرى بتقديرأوغيره ،فان صدره انهما كان يبتاعان التمر وهو اعم من شراه جزافاً أو غيره الا انهما ضعيفان كما يأتي ، وقد يحتمل ان المراد حتى يكيلاه بنفسهما بعد حيازتهما له فيفيد انه ما شرى جزافاً لا يباع حتى يعرف قدرة مشتريه ، ولو باعه جزافاً فتأمل ، ثم اعلم ان النص ورد في المكيل لا غير لحكمة لا نعلمها ، فانه اذا كاله والمشتري مشاهد ولم يفترقا حتى يجوز نقصه بأي وجه فكان القياس لولا النص ان يكفي ذلك للبائع ثم انهم ، الحقوا بالقياس المعدود والموزون ، وهو قياس لا نص على علته ، الا انهم قالوا العلة التقدير ، او ما ذكره الشارح من العلة ، وهذه العلة لا يدل على عليتها مسلك من مسالك العلة يعتديه على انه قياس على خلاف القياس ، كما اشرنا اليه ، فالصواب اقرار الحكم في الميكل وعدم تعديه الى غيره .

(٢) **قوله** : ابن ابي ليلى ، اقول : اراد به محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى قاضي الكوفه احد الاعلام قال ابو حاتم محله الصدق فولى القضاء فساء حفظه ، وقال النسائي ليس بالقوى ، قال العجلي كان

روى من وجه آخر عن ابي هريرة وهو عند البزار ايضاً في حديث ابي هريرة وقال لا نعلمه الا من [١] هذا الوجه وعند ابن عدي بإسنادين ضعيفين جداً عن انس وابن عباس ، وعند عبد الرزاق ان عثمان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان التمر ويخلطانه في غراير ثم يبيعانه بذلك الكيل فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان يبيعاه حتى يكيلاه لمن ابتاعه منهما ورواه الشافعي وابن ابي شيبه والبيهقي عن الحسن مرسلا مرفوعاً ، وقال البيهقي روى موصولا من اوجه اذا ضم بعضها الى بعض قوي مع ما ثبت عن ابن عمر وابن عباس .

قلت يعني حديثهما المتقدمين فلا تبعه حتى تستوفيه الا انه [٢] لا دلالة فيهما على معنى هذا الحديث ، أعني وجوب اختلاف الصاعين ولا يخفى ان ظاهر الحديث اشتراط تقدم التقدير على البيع بحكم حتى التي هي للغاية في قوله نهى عن بيعه حتى يجري فيه الصاعان وأما ما ذكره في الهداية شرح البداية للحنفية من أنه لا يعتبر بالكيل قبل البيع ، وان كان بحضرة المشتري ، قال لأنه ليس صاع البائع والمشتري فمبني على أخذ الوصف العنواني في المشتري بالفعل والحقيقة لأنه لا يصدق عليه وصف المشتري حقيقة الا بعد اللفظ بالعقد واشتراط [٣] أخذه

فقيهاً صاحب سنه جائز الحديث ، واما ابو الزبير فهو محمد بن مسلم ابو الزبير المكي احد الايمة مدلس وثقة ابن معين والنسائي وابن عدي ، واما ابو حاتم وابو زرعه فقالا لا يحتج به كما في الخلاصه .

(١) **قوله** : الا من هذا الوجه ، اقول : الذي صاقه البزار من طريق مسلم الحموي عن مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد عن ابي هريرة ، وكلام الشارح يوهم ان الوجه المشار اليه هو طريق ابن ابي ليلي وابي الزبير ، ولا يناسب ذلك هذا السياق ولا قول البيهقي من وجه ، قال الهيثمي بعد سياقه فيه مسلم بن مسلم الجرمي لم اجد من ترجمه وبقيه رجاله رجال الصحيح .

(٢) **قوله** : الا انه لا دلالة فيهما ، اقول : هو كما قاله فانه ليس فيهما الا انه لا يباع حتى يستوفى ، وهذا دليل انه لا يبيع الا بعد القبض .

(٣) **قوله** : واشتراط اخذه بالفعل ممنوع ، اقول : وسند المنع لزوم مثله في البائع ، وانه يجري فيه المكيالان بعد نفوذ العقد ، مع انه خلاف ظاهر الحديث كما سلف ويأتي وح فالمراد بالبائع مريد البيع والمشتري اعم من ذلك فيشمل ما اذا اجرى فيه الصاع بحضرته قبل العقد وبعده فعلى الثاني يكون مشترياً حقيقة وعلى الاول مجازاً والجمع بينهما على ارادة عموم المجاز غير منكور ، ولا يخفى ان النهي للبائع وهو مالك الطعام مثلا عن بيعه حتى يجري فيه صاعه اي صاع شرائه من غيره لا يجوزه ويصير مالكاً له في غير الجزاف الا بذلك ، فهذا قد ملك الطعام وجرى فيه صاع شرائه فاذا اراد بيعه فلا بد من أن يجري فيه صاعة لمشتريه ، فالبائع قد قام به ارادة البيع والمشتري ارادة الشراء ، فالنهي متوجه الى البائع انه لا بد وان يعيد كيل ما شراه لنفسه عند بيعه من غيره فهذا الصاع صاع البائع بالنظر الى انه يعطي به المشتري وسمى صاع المشتري بالنظر الى انه يأخذ به ما شراه ويستوفيه ، فبنى لفظه في

مانع من الملك فهو طرد في المؤثر فلا يملك بالفاسد سوى قبض المبيع أو لم يقبض بل يكون اباحة على عوض وقد صرحوا بانه يملك بالقبض كالمباح على عوض ، ومثله يجري بالتخلية في الصحيح ايضاً بأن يقال ان كانت جزءاً لسبب الملك ، أو شرطاً له وجب أن لا يستحق المطالبة بالمبيع قبل التخلية لعدم حصول سبب الملك أو شرطه ولهذا[1] يتلف من مال البايع ويستلزم ذلك صحة القول بخيار المجلس قبل القبض ، وان لم يكن جزءاً للسبب ولا شرطاً له وجب أن يتلف في يد البايع من مال المشتري لأن يد البايع حـ يد أمانةلا ضمانةالا ان يطلبه المشتري فلا يسلمه ، اما لارادة توفير الثمن فيكون كالرهن اولا له فيكون كالغصب ، ولا تكون التخلية قبضاً ايضاً الا في بيع ﴿ **غير موقوف** ﴾ ولا حاجة الى هذا القيد لأنه اذا أراد ان تخلية الفضولي لا تكون قبضاً فكالسماء فوقنا وان أراد[2] ان تخلية المجيز التي أريد بها التسليم لا تكون قبضاً فخلاف ما تقدم من حصول الاجازة بما يفيد التقرير من فعل او غيره ، والتخلية حـ مفيدة للاجازة، وللاقباض ﴿**و**﴾ اما ان التخلية لا تكفي الا في ﴿ **مبيع غير معيب ولا ناقص** ﴾ فظاهر لأنه لا يلزم المشتري قبضهما ﴿**و**﴾ اما ان التخلية ﴿**لا**﴾ تكفي الا اذا كان المبيع غير ﴿ **أمانة** ﴾ في يد المشتري فقد تقدم تحقيقه عند قوله ولا يكون قبضاً الا في المضمون فلا نكرره، وأما انه يشترط في كون التخلية قبضاً كون المبيع ﴿**مقبوض الثمن**[3] أو في

---

(١) **قوله** : ـ ولهذا يتلف من مال البايع ، اقول : جوابه ما يأتي له من انه لا ينعقد ملك المشتري للمبيع الا بقبضه له وقبل القبض لا نفوذ ، فلذا لا يتلف من مال المشتري قبله ، وقال ابن حزم يجبرا معاً على تسليم المبيع والثمن معاً لأنه ليس احدهما احق بالانصاف ، والانتصاف من الآخر ويبدو كل واحد منهما حق للآخر وفرض على كل واحد منهما أن يعطي الآخر حقه ، فلا يجوز ان يخص احدهما بالتقديم وفعل ذلك جور وحيف وظلم . وهو أقرب الأقوال .

(٢) **قوله** : ـ وان أراد أن تخلية المجيز ، أقول : ـ مراده امر ثالث وهو ان التخلية لا تكون قبضاً الا في العقد النافذ ، ففي الغيث فلو كان العقد موقوفاً باجازة المالك لم يقبض المشتري المبيع بالتخلية فعرفت انه لا يجعل التخلية قبضاً الا في النافذ ولا يعدها من الفعل الذي ينفذ به عقد الفضولي ، فانها من خواص النافذ الا انه يطالب بالفرق بين العقدين .

(٣) **قوله** : ـ كحضور الثمن ، اقول : لفظ الغيث نحو ان يكون المبيع حاضراً ويقول للمشتري اقبض ، وفي شرح الأثمار وقع في نسخة الغيث اضطراب في تفسير ما هو في حكم القبض ففي بعض نسخه هو ان يكون المبيع حاضراً ، ويقول المشتري اقبض اي المبيع وفي بعضها نحو ان يكون حاضراً ويقول المشتري اقبض ، قيل يعني الثمن ، قال الفقيه يحيى وهذا هو الصواب ، وبه تعرف حسن عبارة الشارح وتعرف ان شارح الأثمار اختار تفسير ما في حكم القبض أولا بغير مارجحه / اخرا فتدبر.

﴿ **كالمستأجر** ﴾ له من البائع ، ولما تتم مدة اجارته اذا لم يكن البيع لعذر يقتضي فسخ الاجارة ايضاً ﴿**لا الغاصب والسارق** ﴾ والمستعير والوديع فانهم [١] يبرئون بالرد الى المشتري بناء على صحة بيع المسروق والمغصوب ، وقد تقدم الخلاف فيه .

(١) **قوله** : فانهم يبرئون ، اقول : ليس السياق في البراء وعدمها بل فيمن له حبس العين المبتاعة ، ومن ليس له ، فالاولى ان يقول فانه ليس لهما الحبس للعين المبتاعة .



باب
الشروط (١) المقارنة للعقد

أي شروط العقد المقارنة له ، ولو قال كذلك لكان أصرح .



(١) باب : الشروط المقارنة للعقد ، أقول : في نهاية المجتهد والاصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث ، أحدها حديث جابر «ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعيراً وشرط ظهره الى المدينة» وهذا الحديث في الصحيح ، والحديث الثاني حديث بريرة ، وهو ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته ، والثالث حديث جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وفيه وعن الثنيا أخرج مسلم ، فأختلف فيه العلماء لتعارض هذه الاحاديث في بيع وشرط ، فقال قوم البيع فاسد ، وممن قاله ابو حنيفة والشافعي ، وقال قوم البيع فاسد والشرط جايز ، وممن قال بهذا ابن شبرمة ، وقال قوم البيع جايز والشرط باطل ، وممن قال بهذا أبن أبي ليلى ، وقال احمد البيع جايز مع شرط واحد ، فاما مع شرطين فلا ، وأما من أبطل البيع والشرط فأخذ بعموم نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن الثنيا ومن أجازهما جميعاً أخذ بحديث جابر الذي فيه البيع مع الشرط ، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ، ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد أخذ بحديث عمرو بن العاص ، قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يحل بيع وسلف ولا يجوز شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ثم ذكر تفصيلاً في مذهب مالك ، وقد ذكر في شرح الفتح نحو هذا وذكر قصة مسنده ، وفي شرح الاثمار أيضاً وسيأتي في الكلام على قوله يوجب انتفاء الملزوم ما يفيد الجمع بينهما .

فصل

﴿ يفسده [١] صريحها ﴾

يريد ما صير العقد مستقبلاً بأن يجعل جزاء للشرط المجهول وقت حصوله في المستقبل نحواذا جا زيدفقدبعت منك أونحو ذلك لعدم استقرار العقد حـ اذ موجب الافسادهوالجهالة لا مجرد صراحة الشرط بدليل قوله ﴿ **الا الحالي** ﴾ نحو بعت منك ان كنت ابن فلان ، فإنه يصح معه العقد وان كان صريحاً لأنه قيد [٢] لحكم الجزافينعقدالبيع به ان حصل والا فلا بيع رأساً ، ومثله ما مثلوا به خيار فقد الصفة وان كان القياس فيه تجديد العقد إن رضي بفقدها، لان العقد الأول مقيد بوجودها سواء كان بصريح معنى الشرط أو بعقده لان معنى الشرط توقف أمر على أمر ، وذلك حاصل الصريح وغير الصريح ، وقد صححوا بعت منك على تأدية الثمن ليوم كذا والا فلا بيع .

واذا عرفت ان صراحة الشرط طرد في تأثير الافساد وان مناط الافساد هو ما يستلزمه من الجهالة لا غير عرفت انه لا وجه للفصل بينهما ، وانه كان يكفيه ان يقول يفسده من صريحها

---

(١) **فصل يفسده صريحها** ، أقول : في شرح الاثمار ومعنى الصريح ان يأتي بأي ادوات الشرط نحو بعت منك هذا الشيء اذا جاء زيد ، أو اذا اعطيتني كذا ، ونحو ذلك ، فقول الشارح يريد ما يصير العقد به مستقبلاً أي مع الاداة الصحيحة صحيح ، الا انه سيأتي له انه لا دخل لذلك في الافساد ، ثم المراد بالعقد جزاءه الايجاب والقبول ، وإن كان التعليق في الامثلة لم يقع الا في الايجاب ، لان القبول يترتب عليه فهو مقيد بما قيد به ، فكأنه قال المشتري شريت منك اذا جاء فلان فلا يتوهم ان العقد أطلق على جزئه وفي المنار ما لفظه قد مضى في انشاء الطلاق ونحوه ان الشرط لا يمنع الصحة وبطلان مذهب الناصر والامامية في منع ذلك ففرقهم بين العقد وغيره مع ان المعنى على التعليق وعدم النفوذ في الحال فينظر في الوجه ، فأما مثل ما يقال مقتضى البيع مثلاً انتقال الملك في الحال أو صحة القبض فهو احتجاج بنفس المذهب ، قلت وبعد تقرير الشارح ان الفساد للعقد مع الشرط للجهالة ينفي هذا الايراد وقد صرح المصنف في البحر بقوله ويصح من الشروط ما لا يقتضي الجهالة كخيار معلوم . قال في المنار يدل على صحة هذا القسم أدلت ثبوت الخيار اذ هو شرط من حيث المعنى .

(٢) **قوله** : لانه قيد لحكم الجزاء ، أقول : تسمية بعت في المثال جزاء على رأي الكوفية لا البصرية ، فهو عندهم دليل الجزاء ، الا ان المعنى على القولين واحد . ويعلم ان كونه حالياً انه لم يتقيد بأمر مستقبل ، بل بأمر حاصل في نفس الامر ، فاذا انكشف حصوله نفذ البيع .

﴿ **ومن عقدها** [١] **ما اقتضى جهالة في البيع** ﴾ أي العقد نفسه بان يجهل استقراره وعدمه مطلقاً لئلا يراد به مجهول الاستقرار في مدة الخيار المعلومة ايضاً ، ومثل غير المستقر مطلقاً بقوله ﴿ **كخيار** ﴾ شرط وهو ﴿ **مجهول المدة** ﴾ سواء كان بصريح الشرط نحو شريت منك ان كان لي الخيار أو بالعقد نحو على ان لي الخيار ، وأما قوله ﴿ **أو صاحبه** ﴾ فلا يقتضي جهالة في البيع الا مع جهالة المدة لانه لو قال بعت منك على ان لصاحبي الخيار ثلاثاً لم يكن هناك جهالة في البيع رأساً ، لان العقد ينفذ بمضي الثلاث سواء عرف صاحبه أو جهل ، غاية الأمر ان يختلفا في تعيين الصاحب فيكون القول قوله ، وكذا لو قال على أن لرجل الخيار نفذ البيع باختيار رجل ما ، لان المطلق ظاهر في كل شخص من أشخاصه ، الا ان يكون بصيغة العموم نحو على ان لكل رجل الخيار فلا شك في استلزامه الجهالة لاختلاف الاشخاص في اختيار الامضاء وعدمه الا انه لا جهالة لصاحب الخيار مع العموم لان العام [٢] كالعلم لكل من جزئياته ﴿ **أو** ﴾ ما أقتضى جهالة ﴿ **في المبيع** ﴾ فانه يفسد وأما تمثيله بقوله ﴿ **كعلى ارجاحه** ﴾ فبناء على ان [٣] العادة لا يتعين بها قدر الارجاح والا فهو معين كما يتعين المعتاد في الاجارة كما سيأتي وغيرها وأما قوله في تمثيل جهالة المبيع ﴿ **أو** ﴾ شرط ﴿ **كون البقرة لبينا ونحوه** ﴾ ككون الفرس سبوقاً فالشرط انما هو كثرة اللبن والسبق وليس من المبيع في شيء لما تقدم من أنه يصح بيع اللبن في الضرع ، فالقياس صحة البيع وثبوت الخيار لفقد الصفة كما سيأتي في المثال نفسه ، وأما توهم الفرق بين لبون ولبين بأن لبينا للمبالغة لا لبون فمن أوهام

---

(١) **قال** : ومن عقدها ، أقول : أي عقد الشروط ، واضافة العقد اليها ، لتضمنه اياها ، واشتماله عليها ، وهو ان يأتي فيه بأي حروف علب ثم انه قد يكون عقدها مع صريح الشرط كما يأتي للشارح فلا يتوهم ان التقابل لعدم الاجتماع محال .

(٢) **قوله** : لان العام كالعلم ، أقول : العام حقيقة في كل افراده ، ولذا كان بعد التخصيص مجازاً عند الاكثر ، والعلم ما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره فلا جامع بينهما نعم بحثه صحيح انه مع المطلق لا جهالة في البيع نفسه ،وأما مع العموم فهو في قوة على ان لكل واحد من أفراد العام الخيار ، فان أريد به جماعة معينين من اطلاق العام وإرادة الخاص صح مع القرينة ، وإن أريد العموم حقيقة فهو كالتعليق بالمحال يفسد به البيع .

(٣) **قوله** : على ان العادة لا يتعين بها قدر الارجاح ، أقول : قد صرح شارح الاثمار ان ذلك حيث لم يجر عرف بقدر معلوم .

القاصرين في علم الاعراب ، لانهما كليهما للنسب [١] لانهما ليسا بمشتقين من فعل فهما بمعنى ذي لبن كجريح بمعنى ذي جرح وانما المبالغة في فعيل وفعول من الفعل المتعدي نحو عليم وضروب ﴿ **أو** ﴾ اقتضى الشرط جهالة ﴿ **في الثمن كعلى ارجاحه** ﴾ والكلام فيه كما تقدم [٢] ﴿ **و** ﴾ انما المثال الصحيح ﴿ **منه** ﴾ ان يقول اشتريت منك هذه الصبرة ﴿ **على حط قيمة كذا** ﴾ مقدر ﴿ **من** ﴾ ثمن ﴿ **الصبرة** ﴾ لان القيمة تختلف باختلاف المقومين لا سيما اذا كانت في غير ماله سعر معروف في الحال ، فيستلزم جهالة قدر الثمن ﴿ **لا** ﴾ لو شرط حط ﴿ **كذا من الثمن** ﴾ ما لم يستلزم الحط جهالة فيما بقي من الثمن أو المبيع ﴿ **و** ﴾ من الجهالة في الثمن ان يقول بعت منك هذه الارض ﴿ **على ان ما عليك من خراج الارض** ﴾ هو ﴿ **كذا** ﴾ وكان ذلك ﴿ **شرطاً** ﴾ أي على جهة الشرط ﴿ **لا** ﴾ على ارادة كونه ﴿ **صفة** ﴾ للارض المبيعة والا لما وجب الا الخيار لفقد الصفة كما سيأتي هذا ان شرط ﴿ **فخالف** ﴾ الواقع الشرط الى أقل أو أكثر مع اطلاق تسليم الخراج ، أما لو لم يخالف كان شرطاً حالياً لا يفسد [٢] كما تقدم ، أو قيد تسليم الخراج المشروط بمدة معلومه لانها زيادة في الثمن معلومه تلحق [٣] في العقد كما تقدم ، قيل وانما يفسد جهالة مدة تسليم الخراج اذا جعل من جملة الثمن ، لا اذا شرط تسليمه الى الامام ونظره المصنف ولا وجه [٤] للنظر لانه من

---

(١) **قوله** : للنسب ، أقول : هو كما قال فان في القاموس بيات لبون ولبنة ولبينة وملبن كمحسن وملبنة ذات لبن ، وقوله كجريح لا يحسن تشبيهها به لانه مشتق من فعل متعد وهو الجرح وصفات المبالغة لا تكون الا من فعل لازم على أنهما لو كانا من فعل متعد فلا فرق بينهما ، فإن فعيلاً وفعولاً من صيغ المبالغة ، هذا وفي شرح الاثمار ما يقضي بأن ذلك للعرف لا للغة فلو قيل ولو جرى العرف بان لبينا ولبوناً كليهما للمبالغة فسد العقد فيهما وإن جرى بانهما بمعنى ذات لبن صح العقد فيهما ، وكذا يأتي لو جرى عرف بان لفظة لبون للمبالغة ولبين بمعنى ذات لبن فسد البيع في الاولى وصح في الثانية .

(٢) **قوله** : كما تقدم ، أقول : الكلام فيه ايضاً كما تقدم .

(٣) **قوله** : تلحق بالعقد ، أقول : اذا كان الخراج مما يثبت في الذمة ،والا فسد العقد لانه مبيع كذا قيد في الحواشي .

(٤) **قوله** : ولا وجه للنظر ، أقول : وجهه في الغيث والبيان بانه شرط مع البيع منفعه يصح افرادها بالعقد ، وهي مجهولة القدر ، ولو كانت معينة لشخص وهو الامام فسد العقد .

الشروط التي تلغو كشرط ان لا يطأ الأمة المبيعة أو يعتقها أو يهبها لفلان كما سيأتي ، غاية ما يلزمه صحة رجوعه عند عدم الوفاء بالشرط بما حط من الثمن لاجله ﴿ **ومنه** ﴾ أي مما تقتضي جهالة في الثمن ﴿ **شرط الانفاق من الغلة** ﴾ سواء جهل قدر النفقة أو علم أما اذا جهل فلجهالة الثمن ، وأما اذا علم فلجهالة حصول الثمن ، لجواز تعذر الغلة ، هذا ان جعل الانفاق من جملة الثمن والا كان كشرط الخراج للامام كما تقدم ﴿ **ولو** ﴾ كان اشتراط الانفاق ﴿ **لمعلومين** ﴾ لان العلم بالمنفق لا يستلزم العلم بقدر النفقة ﴿ **أو** ﴾ شرط في العقد ما ﴿ **رفع موجبه** ﴾ فانه مفسد له ﴿ **كعلى ان لا تنتفع** ﴾ بالمبيع ،وقال البصري والنخعي وابن أبي ليلى وقول للشافعي رضي الله عنه يلغو الشرط فقط كما لو شرط ان يعتق العبد .

قلت وهو قياس ما اختاره المصنف في النكاح كما تقدم ، وأجاب عن قياسهم المذكور هنا بأن اشتراط ان لا ينتفع ونحوه منع تصرف بخلاف اشتراط ان يعتق ، وهو تهافت لظهور ان اشتراط العتق منع للاستخدام الذي هو أعظم من موجبات العقد ، وأما قوله ﴿ **غالباً** ﴾ فقد احترز به عن صورتين صححوا [١] فيهما الشرط مع رفعه موجب العقد .

احداهما ان يبيع الجارية على ان لا يطأها المشتري لانالوطْء قد لا يكون من موجبات الملك كالرضيعة ونظره المصنف ونظره حق ذهب اليه ابو حنيفة ، لان قيام مانع الرضاع لا ينافي المقتضي وكون الشرط مانعاً كالرضاع محل النزاع .

الثانية اشتراط ان يكون الولا للبايع ، فان البيع يصح والشرط يلغو لحديث بربرة المقدم في النكاح ، وقال مالك والشافعي بل يصحان معاً لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لعايشة رضي الله عنها اشتريها واشترطي لهم الولا ولا يأمر بباطل ، قلنا ليس بأمر حقيقي وانما هو كالتهديد ليرتب عليه الحكم ببطلانه فان ابطال ثمرة شيء فرع وقوعه .

قلت : الا ان ما اختاره المصنف للمذهب انما يتمشى على قصر [٢] العموم على سببه وليس ذلك من مذهبه في الاصول وكان حق عموم ، قوله «صلى الله عليه وآله وسلم كل شرط ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله فهو باطل» ان يبطل كل شرط رفع موجب العقد كما هو

---

(١) قوله : صححوا فيهما الشرط مع رفعه موجب العقد ، أقول : انما صححوا الشرط في الصورة الاولى لا في الثانية بل قالوا يلغو الشرط .

(٢) قوله : قصر العموم على سببه ، أقول : هذا من قصر العموم على شخص السبب وهو أخص من قصره على نوع السبب .

مذهب الحسن ، ومن تقدم معه ، لان ذلك هو الذي ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله صلى الله عليه وآله وسلم كما يشهد به السبب فان ثبوت الولا للمعتق لازم للعتق بالسنة [١] الصحيحة وثبوت العتق لازم للملك لانه من موجباته الضرورية ولازم اللازم لازم فلو بطل اللازم بتصحيح الشرط لبطل الملزوم الذي هو البيع الثابت بقوله تعالى (وأحل الله البيع) لان انتفاء اللازم يوجب [٢] انتفاء الملزوم ، وبذلك يتحقق ان ليس المراد بما ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، ما لم يذكره فيهما كما هو الظاهر ، والالزم بطلان كل شيء صح اشتراطه لان أعيان الشروط لم تذكر في الكتاب ولا في السنة فأذن المراد ببطلان معارض ما ثبت فيهما لان ما ثبت فيهما لا يكون نقيضه فيهما لقوله تعالى (ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً) فذلك من الكناية بذكر الملزوم وارادة اللازم ، وأما احتجاج الحنفية وبعض اصحاب الشافعي على ابطال العقد مع الشرط بأن تصحيح عقد عايشة لشراء

---

(١) **قوله** : بالسنة الصحيحة ، أقول : قد يقال اذا كان معرفة الحكم هذا أعني كون الولاء لمن أعتق من حديث بريرة ، فالذين شرطوا الولاء لهم لا لوم عليهم لجهلهم الحكم ، وقد وقع منه صلى الله عليه وآله وسلم تعنيف لهم يدل على أنهم كانوا عارفين بان الولاء لمن أعتق ، والظاهر ان كون الولاء لمن أعتق كان شرعاً قديماً متقرراً ثابتاً وهذا بحمد الله وجدناه في فتح الباري بعد مدة من تأليف الحاشية ، ويدل عليه أنهم شرطوا الولاء لهم فانه يوخد منه انهم لو لم يشترطوا لكان الولاء لمن أعتقه وثبوته للمعتق هو الاوفق بحكمة الله تعالى وجزائه ، لان المعتق قد فوت ماله بتحرير رقبة فمقتضى الحكمة ان يكون له الولاء الذي قد ينال به خيراً وجبرا لما أسلفه وأما من عاوض برقة ونال ثمنه فلا يقتضي الحكمة ذلك .

(٢) **قوله** : يوجب انتقال الملزوم ، أقول : يجري في اللوازم العقلية لا الشرعية فإنه قد يخصص الشارع بعض اللوازم ويبقى ملزومها والاقرب ان المراد بكل شرط ليس في كتاب الله ، هو ما لم يأذن الله فيه ولا رسوله ، بل أمر بخلافه كالولاء على ما قررناه ان الظاهر انه كان شرعاً قديماً وليس المراد بكتاب الله القران ، بل ما كتبه وفرضه ، وحديث المؤمنين عند شروطهم الا انه قال أبن حزم انه خبر مكذوب لانه انما رواه كثير بن زيد ، وهو ساقط أو من هو دونه أو مرسل عن عطا ثم ذكر قريباً مما قلناه وما في معناه مراد به الموافقة لكتاب الله ، ولما اذن فيه وأما زيادة الشارح ولا سنة رسوله في متن الحديث فلم يثبت في المتفق عليه ،وقد أخرج الحاكم من حديث أنس وعائشة المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق فهذا القيد لكل شرط يتفق وحديث النهي عن بيع وشرط يحمل على شرط لا يوافق ما أذن الله تعالى فيه ويحمل عليه ما يأتي للشارح ولا حاجة الى التدريج الذي طول به بحثه ولا الى دعوى الاختصاص فيلغو كل شرط خلاف ذلك ويصح العقد .

بريرة مع شرط الولاء للبايعين خاصة لعايشة رضي الله عنها فيبطل مثل ذلك في غيرها بحديث النهي عن بيع وشرط كما سيأتي جمعاً بين الدليلين ، فالجمع ممكن بحمل حديث النهي عن بيع وشرط ، على الشروط المقتضية للجهالة كما تقدم ، على انه يمكن الجمع بتوجيه النهي عن بيع وشرط ، الى الجمع بينهما ليكون الفاسد هو الجمع لا المجموع (*) وذلك نفس تصحيح العقد وابطال الشرط وعسى ان يأتي تحقيق لذلك ان شاء الله تعالى ﴿ **ومنه** ﴾ أي مما يرفع موجب العقد اشتراط ﴿ **بقاء المبيع** ﴾ في قدره ﴿ **ولو** ﴾ قصد بذلك استبقاه ﴿ **رهنا** ﴾ في الثمن .

وأقول في هذا نظر لان قبض المبيع قبل توفير الثمن ليس من موجبات العقد فالقياس (١) صحة هذا الشرط ﴿ **لا رده** ﴾ رهنا بعد القبض وتوفير الثمن فان ذلك كعلى (٢) ان لا ينتفع رفع لموجب الملك ﴿ **و** ﴾ مما يرفع موجب العقد اشتراط البايع ﴿ **بقاء الشجرة المبيعة في قرارها مدتها** ﴾ لانه منع لتصرف المشترى ، وأما اشتراط المشترى فقيل يفسد ايضاً ، لانه بيع واجارة وسيأتي في متن الكتاب ان ما بيع من الشجر مع حقه بقي فلا يفسد وهو قول المؤ يد بالله ﴿ **و** ﴾ مما يرفع موجب العقد ان يشتري ﴿ **على** ﴾ شرط ﴿ **ان يفسخ ان شفع** ﴾ الا ان في ذلك نظر لان موجب العقد هو الشفعة ولم يشترط عدمها انما شرط الفسخ وليس عدمه من موجبات العقد مع ان الفسخ لا يمنع الشفعة (٣) لانه ان كان الفسخ لفساد

---

(١) **قوله** : فالقياس صحة هذا الشرط ، أقول : وقد استشكل ايضاً بأن رهن المبيع قبل قبضه لا يصح .

(٢) **قوله** : فان ذلك كعلى ان لا ينتفع رفع لموجب الملك ، أقول : قد صحح ما ابطلوه وأبطل ما صححوه ، فانهم قالوا لا يفسد العقد شرط رد المبيع بعد قبضه رهنا في ثمنه فانه يصح ، قال شارح الاثمار فان ذلك يصح ويصح معه العدل ، قلت الا ان قد أورد عليهم الوابل انه شرط مستقبل وقرر ذلك في شرح الفتح ، وهو في الزيادات ، ولا يخفى ان قول الشارح ان ذلك رفع لموجب الملك فيه تأمل لان موجب الملك ايدته بقاء العين تحت يد المالك لا يخرج الا باختياره ، وشرط رهنها حتى يسلم الثمن لا ينافي ذلك الا ان يقال ان موجبه ان لا يخرج من يد المالك الا باختياره لا بشرط عليه .

(٣) **قوله** : لانه ان كان الفسخ لفساد الخ ، أقول : الفرض ان الفسخ ليس لشيء غير اشتراطه في صلب العقد وذلك الاشتراط لم يكن الا لعدم ثبوت الشفعة في العين فهو في قوة اشتريت منك هذه

(*) صوابه لا الجميع كما عرف في محله من الفرق بين الجميع والمجموع تمت الوالد عبد القادر رحمه الله ورضي عنه .

فالشفعة ليست من موجبات الفاسد وان كان بالتراضي في صحيح فهو تقايل والتقايل لا يمنع الشفعة ﴿ **أو علّقه** ﴾ أي العقد ﴿ **بمستقبل كعلى ان تغل** ﴾ الارض ﴿ **أو تحلب** ﴾ البقرة فيما يأتي من الزمان ﴿ **كذى** ﴾ فان ذلك يفسد العقد لتقيده بشرط مجهول الحصول ، فلا يعلم استقراره لانه في قوة إن أغلت كذا أو حلبت كذا فقد بعت منك ، وقد تقدم ان ذلك مفسد ﴿ **لا** ﴾ لو قال بعت منك ﴿ **على تأدية الثمن ليوم كذا والا فلا بيع** ﴾ أو على تأدية المبيع ليوم كذا والا فلا شراء فان هذا وان كان تعليقاً بمستقبل فلا يفسد البيع خلافاً للشافعي ، لنا ما يروى عن ابن عمر انه كان يفعل ذلك ومثله توقيف .

وأجيب بالمنع مسنداً بحديث ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع العربان [1] فسره مالك وعبد الرزاق عن الاسلمي عن زيد بن أسلم بان يشتري الرجل العبد أو الأمة أو يكتري ثم يعطي ديناراً أو درهماً على اني ان أخذت السلعة فهو من الثمن والا فهو لك ، والحديث عند مالك وأبي داود وأحمد والنسائي وابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ«نهى عن بيع العربان» وفيه راوٍ لم يسم وسماه ابن ماجة عبدالله بن عامر الاسلمي ، قال في الارشاد هو ابن لهيعة وهما ضعيفان الا ان له طريقين متماسكتين احداهما

= العين على ان لا تشفع ، والا فلا شراء ، وهذا هو رفع موجب العقد ، الا انه قد يقال هذا العقد فاسد لتعلقه بشرط مستقبل .

(١) **قوله** : العربان ، أقول : ضبط في نسخة الشارح بكسر المهملة وفي شرح المنهاج والقاموس انه بضم فسكون بزنة قربان ويقال فيه العربون وفي النهاية يقال أعرب في كذا وعرب وعربن وهو عربان وعربون وعربون وفسره بان يشتري السلعة ويدفع الى صاحبها شيء على انه ان أمضى البيع حسب من الثمن وان لم يمض كان لصاحب السلعة ولم يرجعه للمشتري ، قيل سمي بذلك لان فيه اعراباً لعقد البيع أي اصلاحاً وازالة فساد لئلا يملكه غيره باشترائه وهو باطل عند الفقهاء لما فيه من الشرط والغرر واجازة أحمد وروى عن ابن عمر اجازته . قلت وفي كلاها ما تراه من ان غير الشافعي ايضاً مخالف ، واختار بطلانه الامام شرف الدين ، اذا عرفت هذا فأعلم ان مسألة الكتاب وهي البيع بشرط تسليم الثمن ليوم كذا منع صحتها الشافعي وأستدل في البحر بانه نقض آخر اما أثبته اولا ، وتبع الشافعي الامام شرف الدين وزاد في التعليل بانه تعليق بمستقبل ، وأما مسألة العربان التي أتى بها الشارح فلا دخل لها في هذه الصورة التي وقع فيها الخوض ، بل هي مسألة أخرى خلطها الشارح بهذه وهذا كله مبني على ان العربان بالمهملة وفي القوت للأذرعي ، قال بعض اصحابنا لا يصح بيع الغربان وهو ان يقول بعتك من هذه الجوالق والغنم ما يقع عليه غراب فهذا ان كان له أصل من بيوع الجاهلية ففساده ظاهر . قلت وما ذكرناه الا دفعاً لما يتوهم انه المراد بالحديث فتصحف لفظه .

عند الخطيب والدار قطني ، والأخرا عند البيهقي وأما ما عند عبد الرزاق عن زيد بن أسلم مرسلاً سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع العربان فأحله ، فمع ارساله ضعيف فيه ابن أبي يحيى ﴿ **أو** ﴾ شرط شرطاً ﴿ **لا تعلق له به** ﴾ أي بالعقد ولا حاجة الى هذه الترجمة اذ ما من شرط ومشروط الا وبينهما ارتباط توقف حصول احدهما على حصول الآخر فان أراد من نفي التعليق ان الشرط لا يكون مما مضى أعني مما يقتضي جهالة في البيع أو المبيع أو الثمن أو يرفع موجبه فكان حق العبارة ان يقول أو غير ذلك ، وان لم يصح كونه في غير ذلك ﴿ **كشرطين** ﴾ في بيع ومثلوه ببعت منك بكذا ان كان نقداً او بكذا ان كان نسية فان هذا مما أفضى جهالة في الثمن ولهذا قال الامام يحيى لو خير مدة معلومه لصح على ان هذا من قوله ﴿ **أو بيعتين في بيع** ﴾ لان المراد بالبيع المبيع فكأنه قال من بيعين في مبيع واحد ، وأما تمثيلهم له ببعت منك بهذا الثمن على ان تبعني كذا فمن بيع وشرط لا من بيعتين وان كان نفس الشرط حصول بيع فالفساد فيه من جهة التعليق بمستقبل كما في على ان تغل أو تحلب كما تقدم ﴿ **ونحوهما مما** ﴾ أي من شرط في بيع ﴿ **نهى عنه** ﴾ أما النهي عن بيعين في بيع فهو عند الشافعي وأحمد وأصحاب السنن من حديث ابي هريرة بلفظ ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيعين في بيعة وقال الترمذي حسن صحيح ، ولفظ أبي داود «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من باع بيعتين في بيع فله اوكسهما» .

قلت والذي أرى ان حديث النهي عن بيعتين [١] في بيع هو حديث [٢] النهي عن سلف

---

(١) **قوله** : عن بيعتين ، أقول : ضبط بكسر الموحدة للهيئة وبفتحها للمرة قال الزركشي الاحسن ضبطه بالكسر ، وفي النهاية نهى عن بيعتين في بيعه ، هو ان يقول بعتك هذا الثوب نقداً بعشرة ونسيه بخمسة عشر فلا يجوز لانه لا يدري ايهما الثمن الذي يختاره فيقع عليه العقد ، ومن صوره ان يقول بعتك هذا بعشرين على ان تبيعني ثوبك بعشرة فلا يصح للشرط الذي فيه ، ولانه يسقط بسقوطه بعض الثمن فيصير الباقي مجهولاً وقد نهى عن بيع وسلف وعن بيع وشرط وهما هذان الوجهان .

(٢) **قوله** : حديث النهي عن سلف وبيع ، أقول : في النهاية حديث لا يحل سلف وبيع هو ان يقول بعتك هذا العبد على ان تسلفني الفا في متاع أو على ان تقرضني الفا لانه انما يقرضه ليحابيه في الثمن فيدخل في حد الجهالة ، ولان كل قرض جر منفعة فهو ربو ، ولان في العقد شرطاً فلا يصح ، وبه تعرف ان صورة بيع وسلف غير صورة بيعتين في بيعه ، وتعرف ان قول النهاية في ما سلف وهما هذان الوجهان مراده ان علة النهي في الجميع واحدة ، وهي الجهالة في الثمن ، والشرط في البيع ، وأعلم بان القرض الذي يجر منفعة ربو ، قال عليه ابن حزم واذا جر السلف منفعة فكان ماذا اين وجدوا

وبيع لأن السلف السلم وهو بيع مخصوص ، ثم قوله فله اوكسهما هو ظاهر في ان النهي هنا لا يقتضي الفساد وأن ما تردد بين أمرين يحمل [1] على او كسهما كما يحمل الاقرار على الاقل وان مثل ذلك مما يرفع الجهالة كما أشرنا اليه سابقاً في تعين المعتاد ، وما صدق عليه اللفظ ، وأما النهي عن الشرطين في بيع فهو عند أبي داود والنسائي والترمذي وقال حسن صحيح من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك» وله طريق أخرى عند النسائي في العتق والحاكم بلفظ لا يجوز شرطان في بيع واحد ولا بيع وسلف جميعاً ولا بيع ما لم يضمن وهو في الطبراني من حديث حكيم بن حزام وعند البيهقي من حديث ابن عباس بسند ضعيف .

قلت : [2] ولا أرى البيعين في بيع الا ذلك وأما نحوهما فمنه سلف وبيع ، كبعت منك كذا أو اشتريت منك كذا على ان تسلفني كذا كما فسره مالك وقد سمعت دليل النهي عنه ويشمل سلماً وبيعاً ، لأن السلم سلف نحو بعت منك كذا بكذا على ان يكون سلماً اليك في كذا ومنه بيع وشرط عند ابن حزم في المحلى والخطابي في المعالم ،والطبراني في الاوسط ، والحاكم في علوم الحديث ، وأصحاب السنن الا ابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً ولا أراه الا حديثه في سلف وبيع وشرطين في بيع ، ولا حاجة الى قوله

= النهي عن سلف جر منفعة ؟ نعم صح النهي عن سلف جر منفعة عن ابن سيرين وقتادة ، ثم قال لا حجة في أحد دون رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم .

(١) **قوله :** يحمل على أو كسهما : أقول : في النهاية قال الخطابي لا أعلم أحداً قال بظاهر هذا الحديث ، وصحح البيع باوكس الثمنين الا ما يحكى عن الاوزاعي وذلك لما تضمنه الغرر والجهالة ، قال فان كان الحديث صحيحاً فيشبه ان يكون ذلك حكومة في شيء بعينه كان اسلفه ديناراً في قفيزين الى أجل فلما حل طالبه فجعل قفيزين الى أمد آخر فهذا بيع ثان دخل على البيع الاول فيرد ان الى اوكسهما أي أنقصهما وهو الاول .

(٢) **قوله :** قلت ولا أرى الخ ، أقول : في النهاية لا يجوز شرطان في بيع هو قولك بعتك هذا الثوب بدينار نقداً ونسية بدينارين وهو كالبيعتين في البيعة لا فرق عند أكثر الفقهاء في عقد البيع بشرط أو بشرطين ، وفرق بينهما أحمد بظاهر الحديث ، ومنه الحديث الآخر «نهى عن بيع وشرط» وهو ان يكون الشرط ملازم العقد لا قبله ولا بعده .

﴿ **غالباً** ﴾ لانه انما احترز به عن المناهي التي في غير الشروط ولم تدخل في قوله ونحوهما لان من في من ما نهى عنه لبيان النحو فكأنه قال ونحوهما من شروط البيع المنهي عنها فلا يدخل ما سيأتي في فصل المحرمات الاسلم أو سلف وبيع اذا ربطا بالشرط أيضاً والا كانا من بيعين في بيع .

فصل

﴿ **ويصح منها** [1] ﴾

اي من الشروط ﴿ **ما لم يقتض الجهالة من وصف للبيع** ﴾ اي العقد نفسه ﴿ **كخيار** ﴾ شرط وهو ﴿ **معلوم** ﴾ المدة وصاحبه ايضاً كما تقدم ، ويأتي ايضاً في الخيارات بيان الخلاف في مقدار مدته ، وان كان مجمعاً على جملته ﴿ **او** ﴾ وصف ﴿ **للبيع كعلى انهى لبون** ﴾ بناء على الفرق بين لبين ولبون وقد تقدم ﴿ **او** ﴾ على ان الارض ﴿ **تغل كذا** ﴾ واراد بذلك ﴿ **صفة** ﴾ للارض ثابتة ﴿ **في الماضي ويعرف** ﴾ صدق الوصف ﴿ **بأول المستقبل مع انتفاء الضار وحصول ما يحتاج اليه** ﴾ في تحصيل تلك الصفة من حسن اطعام اللبون ، وتمام حراثة وسقي الارض بحيث لا ينقص عما كان يفعله البائع ، وقيل بل اذا بين البائع على حصول الوصف في الماضي سقط خيار المشتري ، وان فات الشرط بالمستقبل .

وقواه شيخنا ﴿ **او** ﴾ كان الشرط وصفاً ﴿ **للثمن** ﴾ لا يقتضي جهالة كما تقدم ﴿ **كتأجيله** ﴾ مدة معلومة ﴿ **او** ﴾ شرط شرطاً ﴿ **يصح افراده بالعقد كايصال** ﴾ المبيع ﴿ **المنزل ومنه** ﴾ اشتراط المشتري على البائع ﴿ **بقاء الشجرة مدة معلومة** ﴾ وقال الشافعي يفسد لأنه بيع واجارة فهو كبيعين في بيع ، قلنا بل جزء من المبيع معلوم ، وانما الفساد بما يقتضي الجهالة ﴿ **وما سوى ذلك** ﴾ المفسد واللازم من الشروط ﴿ **فلغو** ﴾ كعلى ان يطأ المشتري المبيعة او يعتقها او نحو ذلك مما لا يفسد ولا يلزم ﴿ **وندب الوفاء** ﴾ بما لا

---

(١) فصل : ويصح منها اقول : قد جعل الضروب ثلاثة بالنسبة الى الشرط والعقد الاول يفسد العقد ، والثاني يصح معه العقد ، والثالث ايضاً يصح ويلغو الشرط ، وهذا الفصل يشتمل على الاخيرين ، قال في المنار انه ما لم يقتضي جهالة يدل على صحة هذا القسم ادلة ثبوت الخيار اذ هو شرط في المعنى .

يفسد ولا يلزم ان لم يمنع من الوفاء مانع شرعي او عقلي لحديث: المسلمين عند شروطهم تقدم في النكاح تحقيقه وغيره ﴿ **و** ﴾ اذا حط البائع عن المشتري قسطاً من القيمة لأجل تحصيل هذا الشرط فانه ﴿ **يرجع بما حط** ﴾ من القيمة ﴿ **لاجله من لم يوف له به** ﴾ كما لو كانت قيمة العبد الفاً فقال البائع انقص من الالف مائة على ان تعتقه ، ثم عقدا على تسعمائة بشرط العتق الا ان الحق انما يكون مما لزم ولا لزوم الا لما وقع عليه العقد فلهذا قال المؤ يد مراد الهادي انه بعد العقد ابرأه من مائة بشرط ان يعتق العبد ليصح الرجوع بما كان لزم ، قال المصنف الا انه اسقاط معلق على شرط ولا تعلق له بالعقد الذي كلامنا في تقييده بالشرط ، ولو قلنا ان العقد وقع على انك ان اعتقته فبتسعمائة وان لم تعتقه فبألف كان ذلك من شرطين في بيع وكان مما نهي عنه لا مما يلغو .

باب
« الربويات » [١] الربو تحريمه ضروري من الدين

(١) باب الربويات ، اقول : جمع ربوي صفة لموصوف محذوف اي مال ربوي ، اي متصف بالنسبة الى الربو لجريه فيه فصل اذا اختلف المالان .



وانما الخلاف في محله الذي يثبت فيه فلهذا اضاف المصنف البـاب الى الربـويات لان حاجة المشـرع الى بيان المحل لا الى بيان الحال للعلم به من ضرورة الدين .

فصل

لا يخفاك ان معنى الربو هو الزيادة ، وقد يكون زيادة الشيء في نفسه على ما كان عليه من ذاته ووصفه كما في ربا [1] الجاهلية اذا حل اجل الدين فلم يقدر المدين على تسليمه زادوا عليه الى اجل آخر ، وقد يكون زيادة على غيره وهو الذي [2] فيه الخلاف وهو المراد هنا فان

---

(١) **قوله** : كما في ربو الجاهلية ، اقول : في نهاية المجتهد اتفق العلماء على ان الربو يجري في شيئين في المبيع وفيما تقرر في الذمة من سلف وبيع وغير ذلك ، فاما الربو فيما تقرر في الذمة فهو صنفان ، صنف متفق عليه وهو ربو الجاهلية ، فانهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرني ازدك ، وهذا هو الذي عناه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في حجة الوداع بقوله « الا وان ربا الجاهلية موضوع واول ربا اضعه ربا العباس بن عبد المطلب » والثاني ضع وتعجل وهو مختلف فيهٔ ، واما الربو في المبيع فان العلماء اجمعوا انه صنفان نسيه ، وتفاضل ، الا ما يروى عن ابن عباس من انكار غير نسيه لما رواه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من انه قال « لا ربو الا في النسية » انتهى كلامه قلت وفي تسمية ضع وتعجل ربا تسامح اذا الربو في ذات او صفة ، وهذا انما فيه نقص في المال والمدة فدخوله في ابواب الربو غير واضح ، وقد حققنا المسألة في شرحنا على تيسير الديبع المسمى بالتحبير على التيسير ، نسأل الله الاعانة على كماله وتمام تأليفه ورأيت نقل حاصله هنا ، قال ابن عبد البر قد اختلف العلماء في قوله ضع عني واعجل لك ، قال ابن عباس انما الربو أخر لي وازيدك ، ليس عجل لي واضع عنك ، اخرجه عبد الرزاق واتفق مالك وابو حنيفه واصحابها على ان ضع وتعجل ربا ، واختلف في ذلك قول الشافعي واحتج من لم ير بذلك باسا بما رواه مسلم ابن خالد الزنجي بسنده الى ابن عباس « ان النبي صلى الله عليه واله وسلم لما امر باخراج بني النظير جاه ناس منهم فقالوا يا رسول الله انك امرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال صلى الله عليه وآله وسلم ضعوا وتعجلوا » فهذا نص في المسألة لا يعدل عنه ، فالحق مع ابن عباس فيها ، هذا واما مسألة من شرا شيا وندم فاراد رده ويضع لصاحبه من القيمة او من استقال وبذل للبائع جزءاً من القيمة فقال ابن عبد البر ان ابن وهب ذكر عن ابن لهيعة والليث عن بكير ابن الاشج عن ابن المسيب وسليمان بن يسار انهما سئلا عن رجل اشترا سلعة ثم بدا له ان يتركها ويعطي صاحبها ديناراً قالا لا بأس بذلك وروي ان شيخا كان يقول ذلك قال مالك الرجل يبيع الدابة من رجل وينقده ثمنها .

(٢) **قوله** : وهو الذي فيه الخلاف ، اقول : واما الاول فسبق انه لا خلاف فيه وهو ربا الجاهلية وهو من زيادة الشيء في ذاته ، مثاله في صفته ان يقول انظرني واسلم لك الزايف الذي اعطيتنـي خالصـاً ونحوه .

الربو هنا هو زيادة احد العوضين على صاحبه ، ولما كانت الزيادة لا تعقل بين امرين الا بعد تعقل تساويهما قبلها واشتراكهما فيما وقعت منه الزيادة كما قلنا في افعل التفضيل اجمع القائلون بالقياس على انّ التساوي في الجنس المعبر عنه عند المناطقة بنوع الانواع مؤثر (١) في الحكم بالربوية لأن المناهي وردت في متساويين فيه وصرح به ما في حديث ابي هريرة الآتي بلفظ« الا ما اختلفت الوانه وهو بيان ما به الاختلاف المراد في حديث فاذا اختلفت هذه الاصناف فلا يتوهم ان تمر الجمع والجنيب مختلف اللون في حديث ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع صاعين من تمر الجمع وصاع جنيب كما ثبت ذلك من حديث أبي هريرة عند الشيخين والموطأ والنسائي وعند الجماعة ايضاً من حديث ابي سعيد صح أصل ، ولما صح بيع بعير ببعيرين حاضراً اجماعاً ظهر ان اتفاق النوع ليس كمال المقتضي للربو وانما هو جزؤه .

فاختلفت الأمة في تعيين جزئه الثاني على اقوال ثلاثة ، ايمتنا والحنفية على انه اتفاق العوضيين فيما به تقديرهما اذ الربو هو الزيادة والزيادة انما تعقل في الكم والكيف فاعتبر ايمتنا مجرد الكم وقال مالك (٢) مع الكيف وهو الاقتيات ايضاً وقال الشافعي مع اتفاقهما في كونهما مطعومين ، قلنا يبقى (٣) النقدان بلا علة

---

(١) **قوله** : مؤثر في الحكم بالربوية ، اقول : الربوية قسمان تفاضل ونساء وما ذكره الشارح من العلل المذكورة للايمة المذكورين فهي علل منع التفاضل واما علة منع النساء فعند الحنفية الاختلاف في الصنف ما عدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيه النساء وعند الشافعية الطعم من غير اعتبار الاتفاق في الصنف ، ومثله عند المالكية كما صرح بالجميع في نهاية المجتهد ، ففي عبارة الشارح ايهام وقصور .

(٢) **قوله** : وقال مالك ، اقول : في نهاية المجتهد لابن رشد المالكي ان الذي استقر عليه خلاف المالكية ان سبب منع التفاضل اما في الاربعة فالصنف الواحد من المدخر والمقتات وقد قيل في الصنف الواحد المدخر ان لم يكن مقتاتاً ، ومن شرط الادخار عندهم ان يكون هو الاكثر ، وقال بعض اصحابهم الربا في المقتات وان كان نادر الادخار ، وبهذا يعرف انه لا يكفي الاقتيات عندهم كما ذكره الشارح تبعاً للبحر ، وهم مصرحون بذلك في مختصراتهم ، بل سيأتي انها التي صرح بها مالك في الموطأ .

(٣) **قوله** : يبقى النقدان بلا علة ، اقول : لانه لا طعم فيها ولا اقتيات وفي النهاية ان العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة هو الصنف الواحد ايضاً مع كونهما رؤ وساً للاثمان وقيماً للمتلفات ، وهذه هي العلة التي تعرف عندهم بالقاصرة لانها لا توجد في غير الذهب والفضة ووافق الشافعي مالك في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة ، اعني كونهما رؤ وساً للاثمان وقيماً للمتلفات ، قلت وبه تعرف عدم صحة قول الشارح انه يبقى النقدان بلا علة ، وانه كان عهدته البحث عما عللوا

وقالت [١] الظاهرية لا نص من الشارع على علة النهي ، واثبات كون الوصف علة حكم شرعي وضعي لا يثبت الا بدليل شرعي لا لمجرد توهم كونه هو العلة كما هو شأن تخريج المناط فيوقف الحكم على محله المنصوص عليه وهو الستة الانواع الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح ، لنص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عليها عند مسلم من حديث ابي سعيد ، وعنده والثلاثة من حديث عبادة بن الصامت بلفظ « قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يداً بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شيتم اذا كان يداً بيد » ومثله عنده ايضاً والموطى والنسائي من حديث ابي هريرة وفيه « من زاد او استزاد فقد اربا الاما اختلفت الوانه » ولذلك شواهد عند الشيخين من حديث عمر وعند أحمد، هما وغيرهما مفرقة،

= به حيث تصدا للبحث عن اقوال الايمة ، واعلم انه قد تعرض للاقوال ولم يف بالاستدلال لغير الاول ، والحنفية فلنذكر من ادلة الفرق هذه ما ذكره ابن رشد في النهاية ، قال اما الشافعية فانهم قالوا في تبييت علتهم الشبهية ان الحكم اذا علق بمشتق دل على ان ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم ان الحكم يتعلق بنفس السرقة ، قالوا واذا كان هذا هكذا وقد جاء من حديث معبد بن عبدالله كنت « اسمع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل » فمن البين ان الطعام هو الذي علق به الحكم ، واما المالكية فانها زادت على الطعم ، اما صفة واحدة وهي الادخار كما في الموطأ ، واما صفتين وهما الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت في اثبات هذه العلة بانه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على واحد من تلك الاصناف الاربعة المذكورة ، فلما ذكر منها عدداً علم انه قصد بكل واحد التنبيه على ما في معناه وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار ، واما البر والشعير فنبه به على اصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع الحلاوات كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام ، وايضاً قالوا لما كان المعنى ان الربو انما هو لئلا يغبن الناس بعضهم ببعضاً وان يحفظ اموالهم فواجب ان يكون ذلك في اصول المعاش وهي الأقوات . واعلم انه قد روى التعليل بعلل أخر كما في البحر وغيره وانه لا يخفى انها لو كانت العلة ما ذكره المالكية لاستغنى بذكر الشعير او البر في الحديث عن الآخر اذا الادخار والاقتيات في كل واحد على سواء .

(١) **قوله** : وقالت الظاهرية ، اقول : في النهاية عند الاستدلال للفرق المختلفين اما الذي قصروا الربو على هذه الاصناف الستة فأحد فريقين ، اما نفاة القياس وهم الظاهرية ، واما قوم نفوا قياس الشبه وذلك ان جميع من الحق المسكوت بالمنطوق فبقياس الشبه لا بقياس العلة .

قلنا نبه النبي صلى الله عليه وآله وسلم على العلة بقوله في حديث ابي سعيد لا صاعين بصاع ، وفي حديث ابي هريرة الفضة بالفضة وزناً بوزن فأوما [١] الى ان العلة هي الاتفاق في التقدير بالكيل والوزن ، وفي الصحيحين من حديثه بلفظ « ان النبي [٢] صلى الله عليه وآله وسلم قال في الميزان مثل ذلك » قالوا وفي حديث ابي سعيد ولا درهمين بدرهم « وفي حديث ابي هريرة » والدرهم بالدرهم وفي حديث عثمان عند مسلم والموطا «لا تبيعوا الدينار بالدينارين» فأوما الى اعتبار العدد فلم لا تعتبرونه مع الكيل والوزن وهو احد المقادير بل جوزتم [٣] بيع رمانه برمانتين ولم لا يكون قوله الفضة بالفضة والذهب بالذهب ايماء الى ان العلة هي الفضية والذهبية ؟ فتكون العلة قاصرة وترجيح المتعدية على القاصرة محل النزاع لأن القاصرة موافقة للبره عن الحكم ، ونقل البراه لا يثبت الا بدليل صحيح لا بمجرد استحسان وترجيح والا لزم

---

(١) **قوله** : فأومى الى ان العلة هي الاتفاق في الكيل والوزن ، قوله بعده فأومىء الى اعتبار العدد ، اقول هذا على طريق الالزام والتنزيل والا فانه لا ايمان الى شيء ، وانما هو بيان للتقادير التي ينتفي بانتفاها التساوي المعتبر شرعاً وتثبت بثبوته ولا تعرض منه للعلة .

(٢) **قوله** : ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال في الميزان مثل ذلك ، اقول : وقد احتجت الحنفية بأحاديث ليست بمشهورة فيها تنبيه قوي على اعتبار المكيل والموزون منها انهم رووا في بعض الاحاديث المتضمنة لعد المسميات المنصوصة ، وكذلك ما يكال ويوزن ، وفي بعضها ، وكذلك المكيال والميزان ، وهذا نص لو صحت به الرواية ذكره في النهاية ثم ذكر انه اذا تأول المعنى فعلة الحنفية اوفى العلل ، ثم اخذ في بيان ذلك بما فيه طول ، قلت وفي شرح غاية السؤ ال في علم الاصول ان علية الجنس والتقدير ثابتة باشارة النص في قوله مثلا بمثل لكونه حالا والحال قيد في صاحبها والحكم ينصرف الى القيد هذا كلامه ، واقول : تسمية ذلك اشارة نص خلاف ما قرره هو في معنى اشارة النص بانها ما يكون مدلولها غير مقصود للمتكلم ومثله بآية (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) مع ضمها الى قوله تعالى (وفصاله في عامين) فانها افادة ان اقل الحمل ستة اشهر وهو غير مقصود للمتكلم في الايتين ، ولا يخفى ان قوله مثلا بمثلا ليس مثل ذلك قطعاً ، كيف وقد قال انه المقصود بالحكم ؟ وكأنه سبق قلم وانه اراد انه من ايما النص ، كما ان قوله قيد في صاحبها سبق قلم ، والمراد في عاملها ، وقد بينا عدم صحة ما ذهبوا اليه من الحاق غير الاشياء الستة بها واوضحنا انه لا دليل ينهض على الحاق غيرها بها اتم ايضاح في رسالتنا المسمى بالقول المجتبى في تحقيق ما يحرم من الربو ، وايضاح القول هناك بما لا مزيد عليه ولم ينبسط القول هنا مع الشارح لانا قد قررنا هنالك ما اختاره واليه جنح صاحب المنار والحمدلله .

(٣) **قوله** : بل جوزتم بيع رمانه برمانتين ، اقول : وح يعلم ان ذكر المقادير من عدد ونحوه ليس الا لبيان انه لا بد من التساوي في مقادير الربويات لا اشارة الى بيان الحكمة ولا مظنتها .

اعتبار علية التساوي في العدد لايماء الشارع اليه مع ان التقدير بالوزن قد انتفى من التقدير ، وانما تقديره بالعدد وكونه قد يوزن في حال مشترك بينه وبين نحو الرمان من العدد لعدم تيقن العلة ، ولأن هذه العلل المستنبطة منقوضة بما سيأتي ، والنقض نفسه للمستنبطة ولأن الربو ثبت عند انتفاء التقديرين كما في بيع [١] بعير ببعيرين نسية فكشف عن كون التقدير طرداً لثبوت الحكم وهو النهي بدونه **اذا عرفت** ما علل به اصحابنا عرفت وجه قول المصنف ﴿ **اذا اختلف المالان ففي الجنس والتقدير بالكيل والوزن** ﴾ نحو لحم بشعير ﴿ **يجوز التفاضل والنساء** ﴾ [٢] وقيد التقدير بالكيل والوزن لعدم اعتباره بالعدد والمساحة الا انا عرفناك ان التفاضل فرع التساوي ولا تساوي في مختلفي الجنس والتقدير فكان صواب العبارة فلا ربا لان الربو هو الزيادة في احد المتقابلين وهي فرع التساوي في ذات او صفةٍ ، وقال ابن عباس [٣] رضي الله عنه وزيد بن اسلم وزيد بن ارقم والبراء بن عازب واسامة بن زيد وابن الزبير يجوز التفاضل مع الحضور وان لم يختلفا جنساً ولا تقديراً واليه ذهب علما الحجاز لنا ما [٤] تقدم قالوا معارض بحديث اسامة عند الشيخين والترمذي والنسائي ان النبي صلى الله

---

(١) **قوله** : كما في بيع بعير ببعيرين، اقول : اخرج ابو داود والدار قطني والبيهقي من حديث عبدالله بن عمر « امرني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان اشترى بعيراً ببعيرين الى اجل » قال يحيى بن معين وابن ابي حاتم وابن عبد الحق هذا حديث مشهور وتعقبهم ابن القطان بانه مضطرب السند وفي سنده مجهولان ويأتي للشارح هذا ، فقوله ولأن الربو ثبت فيه تأمل اذ لا ثبوت لحديثه .

(٢) **قوله** : والنساء ، اقول بفتح النون والمهملة والمد والتنوين اي مؤجلا مؤخراً يقال انساه نسياً ونسيه .

(٣) **قوله** : وقال ابن عباس وزيد بن ارقم وزيد ابن اسلم الخ ، اقول : الذي في فتح الباري انه خالف فيه ابن عمر ورجع وابن عباس واختلف في رجوعه . ولو كان لغيرهما من اهل ذلك الصدر خلاف لذكره اذ هو اعرف بأقوال السلف .

(٤) **قوله** : لنا ما تقدم ، اقول اخرج البخاري عن ابي سعيد الخدري قال جاء بلال الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بتمر برني فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم من اين هذا قال بلال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين منه بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم عند ذلك أوّه عين الربو لا تفعل « قال ابن دقيق العيد هذا نص في تحريم ربا الفضل في التمر قلت وصدر الحديث لا صاعين تمراً بصاع ولا صاعين حنطة بصاع ولا درهمين بدرهم » الشيخان ومالك وابو داود والنسائي فذكره صلى الله عليه واله وسلم للحنطة والدرهم مع انه لم يكن سبب

عليه وآله وسلم «قال انما الربو في النسية» وفي رواية «لا ربـو فيما كان يداً بيد » وعنـدهما والنسائي من حديث ابي المنهال سألت زيد بن ارقم والبراء بن عازب عن الصرف فكلاهما قال قدم النبي صلى الله عليه وآله وسلم ونحن نبيع هذا البيع فقال « ما كان يداً بيد فلا بأس به وما كان نسيه فهو ربو » قلنا يحملان بالتأويل على مختلفي الجنس ليكون المعنى لا ربو في مختلفي الجنس الا في النسية بدليل ما في حديث عبادة ، فان اختلف الجنسان فبيعوا كيف شيتم اذا كان يداً بيد » وفي حديث ابي المنهال ان زيد بن ارقم والبراء بن عازب قالا له نهى « رسول الله صلى الله عليه واله وسلم عن بيع الذهب بالورق ديناً » وهو عند البخاري من حديث ابن عمر ايضاً وذلك قرينة [١] ظاهرة في تصحيح هذا التأويل قالوا غايته [٢] الامر انه سبب الحديث

= الحديث الا ما اتفق من الفضل في التمر اعلام منه صلى الله عليه وآله وسلم ان تحريم ربا الفضل ثابت في كل الستة واخرج مالك ومسلم والنسائي من حديث ابي هريرة « الدينار بدينار ولا فضل بينهما والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما وهي عامة في نسية وغيرهما » ثم قال يعني ابن دقيق العيد وجمهور الامة على ذلك ، وكان ابن عباس يخالف في ربا الفضل وكلم في ذلك فقيل انه رجع عنه وفي العدة على العمدة ان ابن عمر كان يذهب الى ما ذهب اليه ابن عباس وانه لما بلغهما خبر ابي سعيد رجعا عن ذلك ذكر رجوعهما عن ذلك مسلم في صحيحه ، قلت ولا يخفاك ان دلالة حديث لا ربو الا في النسية على انه لا ربو في الفضل دلالة مفهوم ، وحديث ابي سعيد دل على ثبوت الربو فيه بالمنطوق واذا تعارض المنطوق والمفهوم فالمنطوق مقدم ، ثم ان الحصر كثر مجيئه لغير حقيقته ، ثم رأيت بعد مدة في فتح الباري هذا التأويل ، فقال وقيل المعنى لا ربا الربا الا غلظ الشديد التحريم المتوعد بالعقاب الشديد كما تقول العرب لا عالم في البلد الا زيد مع ان فيها علماء غيره، وانما القصد نفي الاكمل لا نفـي الاصل ، وايضاً فنفي ربا الفضل في حديث اسامة انما هو بالمفهوم فيقدم عليه حديث ابي سعيد لأن دلالته بالمنطوق ، قال في المنار ليس مراد الحديث الا الحصر على النسية مبالغة لانه الذي تدعـو اليه الضرورة في الاغلب ويعم الاموال الستة المنصوصة وغيرها كرفع السن الى ما فوقها والزيادة على ما في الذمة اياما كان ، قلت وهذا التأويل اولى مما ذكره الشارح ورده فانه اختار ما نسب الى ابن عباس .

(١) **قوله** : قرينة ظاهرة ، اقول : وذلك انه ورد النهي هنا في مختلف الجنس نسيه فيوافق هذا الحمل عليه وهذا الحمل الذي ذكره الشارح في تأويل حديث اسامة سبقه اليه الطبري ، قال في فتح الباري وقال الطبري معنى حديث اسامة لا ربو الا في النسية اذا اختلفت الانواع .

(٢) **قوله** : غاية الامر انه سبب الحديث ، اقول : اي ان اختلاف الجنس يسبب لحديث انما الربو في النسيه « فان السبب في النهي عن بيع الذهب بالورق نسيه اختلاف الجنس ، ولكن لفظ حديث « لا

ولا يقصر العموم على سببه عندكم ، قلنا اذا قصر عليه لا لمعارض ، اما للمعارض الصحيح فهو جمع بين الدليلين ، قالوا هو من التخصيص بالمنفصل ولا يصح عندكم الا مقارناً والا لم يذهب التعارض ، وايضاً الذهب والفضة مما يصح السلم فيهما ، والسلم [١] بيع مخصوص فقد جاز فيه النساء ومثله القرض مع جواز [٢] رد افضل مما اقترض اتفاقاً وهما اصلان قد هدما منع النساء في معاوضة الجنس بجنسه وهدم السلم منع التفاضل ايضاً ، ولهذا قال ابن عباس ان الله تعالى لما حرم الربو رخص في السلم رحمة لعباده ، قلنا ان سلم فقد رجع [٣] ابن عباس واعتذر بانه سمعه من اسامة وانقرض خلاف الزيدين ومن تبعهما فسارت المسألة اجماعية .

= ربا الا في النسيه » يعم مختلف الجنس ومتفقه فلا يقصر على المختلف الذي هو السبب فيكون معناه لا ربا الا في النسيه في مختلف الجنس ومتفقه لا في الفضل ، ولا يخفاك ان هذا التأويل لم يذكره مثبتو ربا الفضل ولا حاموا حوله ، وانما هو من ابتكاراته ، ومع ما فيه من التكلف آل الى انه دل بالمفهوم على انه لا ربا في الفضل ومنطوق غيره قد اثبت ذلك كما سلف من قوله في الاحاديث مثلا بمثل ، وفي لفظ سوا بسواء .

(١) **قوله** : والسلم بيع مخصوص ، اقول : لا نقض به لانه خصصه الشارع كما يأتي نص ابن عباس على ذلك ، ثم وجدت في النجم الوهاج شرح المنهاج مالفظه اما قوله صلى الله عليه وآله وسلم لا ربا الا في النسيه ، فقال الشافعي هو جواب سايل سأل عن التفاضل في جنسين فنقل الراوي الجواب دون السؤ ال . اي فلا يعارض به حديث تحريم ربا الفضل لانه اخبار بان الجنسين اذا اختلفا فالربا فيهما في النسيه لا غير فيوافق حديث « فاذا اختلفت الاجناس فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » فتأمل .

(٢) **قوله** : مع جواز رد افضل ، اقول : القرض ليس ببيع ولا يدخل تحت احاديث بيعوا الذهب ونحوه من احاديث الربا بل هو فعل من افضل القرب ، وقد حرم الشارح جعله جرا لمنفعه ، واما جوازان يكون القضاء افضل فشيء آخر لم يشمله عقد ولا ارادة ، وانما هو من باب الفضل والبر والاحسان ، واين هو من ابواب الربا اللازمة بالعقد المقصود بالزيادة فلا هدم بهو ولا بالسلم كما زعم .

(٣) **قوله** : فقد رجع ابن عباس الخ ، اقول : تقدم عن فتح الباري انه اختلف في رجوع ابن عباس ثم ذكر انه روى الحاكم من طريق حسيان العدوى وهو بالمهملة وبالتحتانية ، سألت ابا مخلد عن الصرف فقال كان ابن عباس لا يرا به بأساً زماناً من عمره ما كان منه عيناً بعين يداً بيد ، وكان يقول انما الربا في النسية ثم ذكر انه لقيه ابو سعيد فحدثه بالحديث التمر بالتمر الى قوله اذا كان يداً بيد مثلا بمثل ، فمن زاد فهو ربا ، فقال ابن عباس استغفر الله واتوب اليه ، وكان ينهى عنه اشد النهي .

وأجيب بان ذلك مبني على ان القول يموت[١] بموت قائله وان الاجماع[٢] بعد الخلاف المستقر حجة وكلا الامرين في حيز الممانعة ، فانه لا اجماع الا على تحريم ربا الجاهلية الذي قال فيه النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم في خطبة الوداع « الا ان كل ربو من ربو الجاهلية موضوع » كما ثبت ذلك عند ابي داود وغيره وربو الجاهلية هو كما أخرجه رُزين[٣] من حديث زيد بن اسلم وهو الذي اذن الله تعالى فيه بالحرب وهو ان يحل اجل الدين فيعجز المدين عن تسليمه فيضاعف عليه الدين ويؤخر الى اجل ابعد وهذا هو الربو في النسية التي هي الدين المؤجل وهذا هو الربو المجمع على تحريمه الذي يفسق فاعله ويجب الانكار عليه لا ما عداه فانه ظني وان صح الاجماع على منع[٤] الصرف الآن لظنية حجية الاجماع الذي سبقه الخلاف. ﴿ و ﴾ اذا اختلف المالان ﴿ في احدهما ﴾ اما في الجنس نحو ذهب بفضة او التقدير ومثلوه بالبر وعجينه بناء على ان العجين من المقدرات الا ان المصنف قال في البحر مسألة ويصح بيع العجين بالحنطة وبالخبز اعتباراً فان اراد ما قالت الحنفية من ان ما لا يمكن معه العود الى الحال الأول يجوز التفاضل فيه والنساء لم يساعده[٥] قوله فقط وان اراد انه يجوز التفاضل فقط فلا

---

(١) **قوله** : يموت بموت قائله : اقول : ما مات بموت قائله بل دعوى الاجماع تفرعت على رجوع ابن عباس لا على موته نعم يصح قوله يموت بموت قائله في الزيدين ان صح خلافهما .

(٢) **قوله** : وان الاجماع بعد الخلاف المستقر حجة ، أقول: هب بانه بطل القول بانها اي حرمة ربا الفضل اجماعية فقد بقي انها الأرجح دليلاً كما اسلفناه وليس كل مسألة تفتقر الى الاجماع عليها اذن لا نتفت اكثر الأحكام ، وعند الشارح بخصوصه لا يبقى حكم غير الضروري لأنه يحيل الاجماع ويجعل روايته جرحاً لراويه نعم يتم هذا ان تم رداً على المصنف حيث قال فصارت اجماعية .

(٣) **قوله** : كما اخرجه رزين ، أقول : قدمنا لك ان رزيناً ليس بمخرج لما يأتي به مما لا يوجد في الستة التي جمعها بل اتى باحاديث لم يجدها ابن الأثير ، فاذا ساقها بيض لها قال ليبحث عنها وهذه الورطة وهي نسبة التخريج الى رزين لعله اوقع الشارح فيها الديبع فانه يقول في التيسير اخرجه رزين وهو غلط لم يخرجه رزين وانما ذكره غير منسوب الى كتاب .

(٤) **قوله** : على منع الصرف الآن ، اقول : اي على منع التفاضل فيه بل لا بد من تيقن التساوي كما يأتي .

(٥) **قوله** : لم يساعده قوله فقط ، اقول : لفظ البحر هكذا مسألة يصح بيع العجين بالحنطة وبالخبز متفاضلاً اعتباراً ، هذا لفظه ، فمراد الشارح بلفظ فقط ما يأتي في كلام الازهار ثم انه قد صرح بتفاضلاً فلا يرد عليه قوله وان اراد انه يجوز التفاضل فعرفت انه اراده بل صرح به ، نعم لو اقتصر

حاجة الى قوله اعتباراً لجواز التفاضل في مختلفي التقدير بلا اعتبار ومن ذلك ما كان الزيدان يفعلانه من شراء غير المضروب من الجوهرين بالمضروب كما تقدم ، واما قوله ﴿ **او لا تقدير لهما** ﴾ فالتعميم فاسد لشموله نحو شاه بثوب وذلك مما يجوز فيه التفاضل والنسـاء ، ففـي الثلاث الصور يجوز ﴿ **التفاضل** ﴾ نحو عشر اواقي فضة بدينار ذهب ، وقدح برء برغيف بر على ما فيه من نظر وشاة بثوبين الا انه ان اراد التفاضل في المقدار فلا يتحقق الا بين المتفقين فيه كالذهب والفضة والبر والشعير ، لا بين المختلفين فيه نحو بر وعجين ولا بين ما لا تقدير لهما لما عرفناك من ان التفاضل في شيء فرع الاشتراك فيه ، الا ان يراد هنا[٢] التفاضل في مطلق

= الشارح على ايراد الى انه لا حاجة الى قوله اعتباراً لكان الصواب ، وان كان قد وجه شارح البحر كلامه بتقييده بقوله لعله يريد حيث اتفقا في التقدير وذلك حيث يكونان موزونين فيحتاج الى الاعتبار.

(١) **قوله** : الا ان يراد هنا التفاضل في مطلق الكم والكيف ، أقول: يراد التفاضل فيما يصح فيه ذلك ، ولذا حمل بيع العجين بالبر على تقدير الاستواء في التقدير واعلم انا بحثنا في القول المجتبى على هذه الصورة المذكورة في الأزهار وغيره مما يحسن نقله هنا قال فيها واعلم انه في الازهار ذكر صوراً اربعاً ، الأولى الاتفاق جنساً وتقديراً ، وحكمها امتناع التفاضل والنساء ، والثانية الاتفاق جنساً لا تقديراً ، والثالثة الاتفاق تقديراً لا جنساً ، والرابعة عدم التقدير فيهما ، وجعلوا حكم الثلاث الأخرى جواز التفاضل الا النساء فالصورة الأولى من الأربع هي المنصوص عليها في الأحاديث ، والثالثة هي التي نص عليها قوله فاذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد ، واما الثانية فلا دليل عليها وكأنهم حملوا قوله صلىّ الله عليه وآله وسلّم « فاذا اختلفت هذه الأجناس على معنين اذا اختلفت جنسية فقط ، وهي الصورة الثالثة ، او تقديراً فقط وهي الصورة الثانية ، وجعلوا حكمها واحداً ، واغرب من ذلك جعلهم الصورة الرابعة مما يحرم فيه التفاضل (لعله النساء) (فهو الذي حرموه) لفقد التقدير فيهما فيشمل نحو ثوب بشاة ، مع ان الأحاديث ما تعرضت الا لذوي التقادير اثباتاً ونفياً كيلاً ووزناً ، الا ان يحمل قول المصنف او لا تقدير لهما ، اي بالكيل والوزن لأن هذا التقدير هو الذي سلف في قوله ففي الكيل والوزن فلا ترد مسألة الثوب والشاة ولا يتم اعتراض الشارح عليه بقوله فيما سلف فالتعميم فاسد ، واذا عرفت هذا فان حصل اتفاق الجنس والتقدير حرم الامران ومع اختلاف الجنس واتفاق التقدير حرم النساء وجاز التفاضل ، فزاد الفقهاء اي فقهاء الهذيوية عكس هذه الصورة وهي اتفاق الجنس مع اختلاف التقدير كما مثلوه بالبر والعجين ، وان كان قد تؤ ول لهم بان المراد مع اتفاق التقدير ، وزادوا ما لا تقـدير فيهما ، ولا ادري من اين اخـذوا حكمهما فان النص لا يدل عليهما ، والقياس الذي استنبطوا علته وهي الاتفـاق في الجنس والتقـدير لا يدل على حكم هاتـين الصورتين لأن العلة عندهم هي الاتفاق في الجنس والتقدير فلا تدخلوا اما ان تكون مركبة يثبت الحكم

الكم والكيف ، لا في المقدار المخصوص لكنه قد اعتبر الكيل او الوزن فقط كما علمت على ان مثل حب بر برغيف بر لا يتحقق بينهما اشتراك في كم ولا كيف ، وانما يشتركان في الجنس لا غير ، وقوله ﴿ **فقط** ﴾ اي لا انه يجوز في تلك الثلاث مع جواز التفاضل النساء خلافاً للشافعي فجوز النساء في غير المطعوم كبعير ببعيرين ، لنا حديث « لا ربو الا في النسية قالوا هو بقوة لا ربو في الصرف الا في نسية كما هو دليل مجوز التفاضل في الصرف مع الحضور لأنه

= الذي هو عدم جواز التفاضل والنساء بثبوتها وينتفي بانتفائها ، واما ان يكون كل واحد من الأمرين علة على انفراده لذلك الحكم ، واما ان يكون كل واحد من اتفاق الجنس والتقدير علة على انفراده لواحد من الحكمين اللذين هما عدم جواز التفاضل والنساء بان يكون اتفاق الجنس مثلاً علة لعدم جواز النساء واتفاق التقدير علة لعدم جواز التفاضل او بالعكس ، الثاني باطل لاتفاقهم على ان العلة في ذلك الحكم المجموع ، والثالث دعوى لا دليل عليها فانه لا يرشد مسلك من مسالك العلة الى ذلك التوزيع ، انما هو علم غيب بل قد ارشد النص بدليل الخطاب الى عدم علية الاتفاق في التقدير لعدم جواز التفاضل ، بل الى جوازه على ما قررناه سابقاً ، والرابع كذلك لأنه رتب الشارع جواز التفاضل على اختلاف الجنس مع اتفاق التقدير فلا دليل على ان عدم الاتفاق في الجنس علة لعدم جواز التفاضل ، بل يجوز انها هي مع اتفاق التقدير وبعد هذا تعرف ان الصورتين اللتين حكموا فيهما بعدم جواز النساء وجواز التفاضل لا وجه لذلك اصلاً فانه اثبات حكم من غير دليل ، وانه لو سلم ان علة الربو ما استنبطوه من الاتفاق جنساً وتقديراً لما تم لهم الحكم في الصورتين المذكورتين فليتأمل فانه لا يخلو عن دقة ، ولا اعلم انه قد تكلم عليه وبعده تعلم جواز التفاضل والنساء في الصورتين على اصل الاباحة ، والكلام في الرسالة ابسط من هذا ، فعلى هذا يجوز بيع بعير ببعيرين نسية ، وعبد بعبدين ، الا ان المصنف قد منع ذلك هنا واستدل له في البحر بنهيه صلّى الله عليه وآله وسلّم عن بيع الحيوان بالحيوان نساء ، وقد سمعت مما ذكره الشارح ان الحديث قد صححه الترمذي ، ولكن قال البيهقي في السنن الكبرى ان حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسية غير ثابت ، فاذا لم يثبت فالأصل الجواز ، واما تضعيف حديث عبدالله بن عمر وتضعيف حديث بيع علي عصيفراً اسم جمل بعشرين بعيراً فلا يضرنا لأن الأصل الاباحة والدليل على المانع على انه كحديث عبدالله بن عمر ، وانه شرا بعيراً ببعيرين الى اجل وانه امره رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم بذلك فينضم الى حديث علي فيتم العمل به وان كان فيه ما سلف ، اذا عرفت هذا فكان المصنف جعل النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسية دليلاً لأحد الصور التي منعها ، ونحن ناز غباه في تلك الصور بناء على انه بناها على الاستدلال بحديث الستة المنصوصة ، ولذا قلنا انه اثبات حكم بلا دليل وقد عرفت ان حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسية غير ناهض ، فبقي كلاً منا فيما اوردناه عليه صحيحاً في وروده عليه ولله جزيل الحمد وله المنة .

عموم ، ورد على سؤال عن الصرف والعموم الوارد على السؤال تابع للسؤال في عمومه وخصوصه ، والا لزمكم التعميم وهو مذهب اهل الصرف ، قلنا مفهوم الشرط في اذا كان يداً بيد في حديث عبادة ، قالوا زيادة تفرد بها عبادة من بين رواة احاديث الربو عن رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم ، لأن ابا هريرة لم يزد على الا ما اختلفت الوانه وفي الصحيحين والنسائي من حديث ابي بكرة « امرنا رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم ان نشري الذهب بالفضة والفضة بالذهب كيف شئنا فقال رجل يداً بيد فقال هكذا سمعت» يعني سمعته كما رويته بغير الزيادة ، ولهذا اسقط النسائي السؤال والجواب فلم يزد على كيف شئنا ، قلنا يشهد له حديث ابن عمر عند احمد واصحاب السنن وابن حبان والحاكم والبيهقي «كنت ابيع الابل بالبقيع بالدنانير فاخذ مكانها الورق وبالورق فاخذ مكانها الدنانير فسألت النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم فقال لا بأس ما لم تفترق وبينكما شيء» قالوا لم يرفعه غير سماك وقد قال شعبه انا افرقه وايضاً هو تحذير مما يؤدي الى الاختلاف ، لأنه عند ابي داود بلفظ « ما لم يفرق بينكما شيء» ولو سلم فالمنع انما كان لأنه يصير من الكالي بالكالي ، وقد نهى عنه والا عدتم على تأويلكم الماضي بالإبطال ، وايضاً قام الاجماع على جواز ان يشتري سمن بفضة نساء وان يسلم احدهما في الآخر مع اتفاقهما في التقدير ولهذا قلتم ﴿ **الا الموزون بالنقد فكلاهما** ﴾ لأن للدرهم والدينار وزناً[١] معروفاً ﴿ **ونحو سفرجل برمان سلما** ﴾ مع ان تعميم تصحيح بيع الموزون بالنقد مطلقاً فاسد لاستلزامه صحة بيع غير المضروب من الجوهرين بالنقد متفاضلاً ونسيا ولم يقل به[٢] اهل الصرف فضلاً عن غيرهم ، قلنا تخصيص بالاجماع ورد بان

---

(١) **قوله** : وزناً معروفاً ، أقول: لا يقال اختصاصهما بذلك الوزن المخالف للموزونات لو اعتبر لصيرهما غير مشاركين للموزونات في المقدار فلا يتم الاستثناء الا على انه منقطع ، فالحق ان العلة هي الاجماع كما صرح به قريباً.

(٢) **قوله** : ولم يقل به اهل الصرف فضلاً عن غيرهم ، اقول هو كما قال في لزومه لعبارة المصنف ، ولذا قال في الاثمار غالباً ، قال شارحه لأن قوله في الازهار الا الموزون بالنقد فكلاهما يوهم جواز التفضل والنساء في بيع سبيكة من ذهب او فضة بنقد اذ السبيكة من الموزونات ، وقد قال فكلاهما وعبارة الاثمار سالمة من ذلك الايهام اذ لا تتناول لفظة غالباً الا ما يصح . قلت وقوله سبيكة لا وجه لتخصيصه فان المصنوع كذلك ، فان الصنعة لم تخرجه عن كونه فضة او ذهباً ووجه التحريم حديث « بيعوا الذهب بالفضة، الخ » ثم بقي انه يلزم على عبارة الازهار انه لا يجري هذا في المكيل بالنقد فانه لم يستثن الا الموزون وذلك كقدح طعام بغرس ، فعلى اطلاق عبارته انه لا يجوز النساء في ذلك ، وظاهر

له مستنداً من كتاب او سنة وذلك نقض لعلية التساوي في التقدير للربو والعلة المستنبطة ، تبطل بالنقض عند المحققين ، وحيث قد انتقضت عليه الاتفاق في الجنس بجواز بيع بعير ببعيرين حاضراً اتفاقاً وعليه الاتفاق في التقدير بجواز شراء نحو سمن بفضة نساء كما هو مفهوم الصفة[١] في قوله الذهب بالذهب ونحوه الموافق للاجماع على جواز بيع الموزون بالنقد الذي صح ان يكون اصلاً يقاس عليه بيع شعير ببر مع التفاضل والنساء بجامع الاختلاف في الجنس مع الاتفاق في التقدير مؤكداً ذلك بجواز السلم مطلقاً فحيث قد انتقضت عليه كل من الأمرين منفرداً لم يبق ربوياً الا ما اجتمع فيه الاتفاق في الجنس والتقدير بالكيل والوزن اذا كان نسية ايضاً عند اهل الصرف ، ومطلقاً عند غيرهم ، ومخصوصاً بالستة عند الظاهرية ، احتج الشافعي بحديث عبدالله بن عمرو بن العاص « امرني رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم ان اشترى بعيراً ببعيرين الى اجل» احمد وابو داود والدارقطني وابن ابي شيبة والبيهقي قلنا فيه عمرو[٢] بن حريش ومسلم بن جبير الراوي عنه وهما مجهولان ، وفي سنده اضطراب اختلف

= حديث اذا اختلفت هذه الاجناس فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد عدم النساء في شيء من الستة المنصوصة مع غيره منها لا مع مثله فانه يحرم التفاضل والنساء جميعاً الا أنه ثبت في المكيل حديث « رهنه لدرعه صلىّ الله عليه وآله وسلّم في اصواع من شعير» كما في البخاري وغيره من حديث عايشة ومات وهو مرهون في ذلك ، فدل على انه يخص المكيل ايضاً في جواز النساء اذ هذا ربوي شراه صلىّ الله عليه وآله وسلّم ديناً ، فهذا يدل على الجواز في ذلك فعلى هذا يزاد على الموزون بالنقد ، والا المكيل فيجوز النساء ، واما الفضل فانه لا يتحقق مع اختلاف الجنس كما قد اشار اليه الشارح ، والحديث الذي اشرنا اليه اخرجه مسلم في كتاب البيوع من صحيحه عن عائشة ان رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم اشترى من يهودي طعاماً الى اجل ورهنه درعاً من حديد ، واخرجه البخاري من حديث انس ، فقد تعارض القول وهو قوله فاذا اختلفت الى قوله يداً بيد ، والفعل وهو ما ذكرناه والجمع بينهما ان يخص القول بالفعل ، وانما بقي الكلام هل يقاس على الشعير البر والتمر والملح من الأمور الستة المنصوصة فيجوز فيها النساء؟ هذا محل تردد فلينظر.

(١) قوله : مفهوم الصفة ، أقول : يتأمل فالظاهر انه من مفهوم الاسم ، وهذا النقص لجزئي العلة يؤكد ما سلف من انها لا تتم علة الحاق غير الستة بها الا ان النقض بالسلم لا يتم لأنه خصه الشارع بالجواز.

(٢) قوله : قوله عمر بن حريش ، أقول : كذا في نسخة الشارع بضم المهملة وفتح الميم وليس كذلك انما هو بفتحها وسكون الميم ، وحريش بفتح المهملة اوله وآخره معجمه ابو محمد الزبيدي ، قال في التقريب مجهول ووهم ابن حبان حيث قال انه عمر بن حبشي ومسلم بن جبير بالجيم مصغر جبر

علي عليّ ابن اسحق فيه قالوا[١] اخرج له البيهقي شاهداً من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وصححه ، قلنا معارض بما عند الترمذي وحسنه من حديث جابر بلفظ « قال رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم لا يصح بيع الحيوان اثنان بواحد نسياً » ، وبما عند داود والنسائي والترمذي ، وقال حسن[٢] صحيح من حديث سمرة بن جندب قال « نهى رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم عن بيع الحيوان بالحيوان نسياً » قالوا المراد بذلك النهي عن المضامين ما في بطون اناث الابل ، والملاقيح ما في ظهور الجمال، وحبل الحبلة وهو بيع الجزور الى ان تنتج الناقة ثم تنتج الذي في بطنها ، لأنهم كانوا يبيعون ذلك بالابل والغنم اخرجه مالك عن سعيد بن المسيب ويسمون ذلك المجر[٣] كما ثبت ذلك عند البيهقي وعبد الرزاق بلفظ نهي « رسول

= مجهول ايضاً وهذا ، التعقب الذي ذكره الشارح هو الذي قدمناه عن ابن القطان انه تعقب يحي ابن معين وغيره وفي التحقيق انه ليس بتعقب بل بيان ان الشهرة لا تستلزم صحة الحديث ، وذلك انه قال يحيى بن معين وابن ابي حاتم وعبد الحق هذا حديث مشهور،واعترضه ابن القطان ، وقال الشهرة لا تنفعه وان الضعيف يشتهر ، ثم اعله بمن ذكر الشارح.

(١) **قوله**: قالوا اخرج البيهقي له شاهداً ، اقول: لفظ التلخيص ولكن اورده البيهقي في السنة وفي الخلافيات من طريق عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وصححه فهو الحديث نفسه حديث ابن عمرو بن شعيب انما الطريق اختلفت.

قوله : قالوا ، أقول: يريد الشافعي ومن تبعه والذي في شرح المناويء على الجامع الصغير ان المراد نسية من الطرفين ليكون من بيع الكالي بالكالي ، هكذا قرره الشافعي توفيقاً بين هذا وبين خبر البخاري ان المصطفى صلىّ الله عليه وآله وسلّم اقترض بكراً ورد رباعياً ، وقال خياركم احسنكم قضاء قلت الا انه لا يخفى ان الكلام في البيع وحديث البخاري في القرض ولا تناف بينهما حتى يحتاج الى التوفيق ولا الى قوله وجعلوه ناسخاً كما هو ظاهر ، وتعلق الحنفية بظاهر الخبر ومنعوا بيع الحيوان بالحيوان وجعلوه ناسخاً لحديث البخاري مع ان النسخ لا يثبت بالاحتمال وفصل مالك وقال يجوز ان اختلف الجنس ويحرم ان اتحد ونزل الخبرين على هذا.

(٢) **قوله** : وقال حسن صحيح ، اقول: وقال غيره رجاله ثقات الا ان الحفاظ رجحوا ارساله لما في سماع الحسن من سمره من النزاع ، وقد رواه مالك والدارقطني عن ابن عباس.

(٣) **قوله** : المجر ، أقول هو بفتح الميم وسكون الجيم فرا ، وقال القتيبي هو بفتح الجيم وتعقب قوله قالوا المراد بذلك النهي عن المضامين ما في البطون كناية عن الملاقيح ، قلت وتقدم الخلاف في تفسيرها وتفسير المضامين ، الا ان تسمية ذلك حيواناً بعيد جداً وان صح مجازاً سيما في ظهور الابل ، وما سمى

الله صلىّ الله عليه وآله وسلم عن بيع المجر » الا ان في اسناد البيهقي موسى بن عبيد[1] الربذي وفي اسناد عبد الرزاق الأسلمي وهو اضعف من موسى الا ان البيهقي ذكر ان ابن اسحق رواه عن نافع عن ابن عمر فقوي بذلك ، قال ابو عبيد المجر ان يباع البعير او غيره بما في بطن الناقة ويشهد له حديث « ان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم نهى عن بيع اللحم بالحيوان » كما اخرجه مالك وابو داود عن سعيد مرسلاً ايضاً ، ووصله الدارقطني في الغريب عن مالك عن الزهري عن سهل بن سعد ، وان صوب الارسال وتبعه ابن عبد البر وغيره ، وله شاهدان عند البزار ضعيفان من حديث ابن عمر ،واقوى منهما عن الحسن عن سمره عند الحاكم والبيهقي وابن خزيمة ، « وعند الشافعي من طريق ابن ابي يحيى عن صالح مولى التؤمة عن ابن عباس رضي الله عنه ان جزوراً نحرت على عهد ابي بكر فجاء رجل بعناق فقال اعطوني بهذه فقال ابو بكر لا يصح هذا قالوا وكل ذلك ظاهر في ان النهي لأمر غير الربو من جهالة او غيرها كما في المضامين وما في الفصل الآتي بعد هذا ، وإلا لزم اثبات الربو في مختلفي الجنس مع الحضور لأن اللحوم اجناس ، قلنا اللحم مطلق فيحمل على الحيوان بالحيوان المقيد بالنسية ، قالوا انما يحمل المطلق على المقيد اذا كانا في حكم واحد واسم اللحم لا ينطبق على الحيوان والعكس .

ثم ذلك لا يتم في خبر العناق والجزور واما ما اخرج مالك في الموطأ عن علي عليه السلام انه باع جملاً له يسمى عصيفيراً بعشرين بعيراً الى اجل فهو من حديث الحسن بن محمد بن علي وهو عن علي منقطع ، وقد روى عبد الرزاق وابن ابي شيبة ان **عليا رضي الله عنه** كره بعيراً ببعيرين نسية ورويا ايضاً الكراهة عن ابن عمر وروي الدارقطني والحاكم من حديث ابن عباس ان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم نهى عن السلف في الحيوان وفيه اسحق ابن ابراهيم بن حوتي وهّاه ابن حبان ﴿ **فان اتفقا فيهما** ﴾ اي في الجنس والتقدير كما في

= صلىّ الله عليه وآله وسلّم ما في البطن الا جنيناً كقوله صلىّ الله عليه وآله وسلّم ذكاة الجنين ذكاة امه « فحمل النهي فيهما على الحيوان بعيد ، ولذا قال ابن الأثير كناية عن الملاقيح فلم يجعل المجر نفس الملاقيح بل قال في النهاية انه لا يقال لما في البطن مجراً الا اذا اثقلت الحامل وحَ لا يصح تسمية الملاقيح مجراً ولا في حبل الحبلة فانه اسم لما في بطن ما في بطنها .

(١) **قوله** : موسى أبن عبيد الربذي ، أقول : هكذا في نسخة المصنف ، والذي في التقريب موسى بن عبيدة بضم أوله الربذي بفتح الراء والموحدة ثم معجمة ضعيف .

حديث النهي عن الستة ﴿ **اشترط** ﴾ في صحة بيع احدهما بالآخر ﴿ **الملك** ﴾ لما تقدم في حديث لا تبع ما ليس عندك ، بناء على انه لا يصح فيهما البيع الموقوف وفيه نظر على انه سيأتي في الصرف عدم اشتراط الملك حال العقد ، والصرف بيع بعقد بلفظ البيع فلا فرق بين ما هنا وما هناك ،﴿ **والحلول** ﴾ وهو عدم التأجيل لقوله في احاديث النهي الا هابها[1] والا يداً بيد ﴿ **وتيقن التساوي حال العقد** ﴾ لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم « الا مثلاً بمثل » ﴿ **والتقابض في المجلس** ﴾ خلافاً لأبي حنيفة ، لنا قوله صلّى الله عليه وآله وسلم «الا هابها» وذلك معنى التقابض . . .

وأجيب بأن هابها كناية عن عدم التأجيل لحصول الملك بالعقد اذ الفرض انه صحيح والتخلية فيه كافية عن القبض ، والتقابض انما يحتاج اليه في العقد الفاسد ، وحصول التقابض لا يشترط حال العقد بل في المجلس ﴿ **وإن طال** ﴾ وكان العقد في أوله والتقابض في آخره ﴿ **او انتقل البيعان** ﴾ من مكان فيه الى آخر ما لم يتعدد المجلس ﴿ **أو أغمي عليهما أو على احدهما** ﴾ ثم حصلت الافاقة فيه فوقع القبض بعدها ﴿ **او اخذ** ﴾ أحد المتبايعين ﴿ **رهناً أو** ﴾ حصلت منه ﴿ **إحالة** ﴾ على غايب عن المجلس ثم حضر الا ان الاحالة تشبه التأجيل الى غير المجلس فلا يصح ذلك على المذهب ﴿**أو**﴾ حصلت منه ﴿ **كفالة** ﴾ باحضار ما عليه فحضر فان ذلك كله لا يفسده ﴿ **ما لم يفترقا** ﴾ قبل التقابض ولا حاجة الى قوله ﴿**لا**﴾ لو فارقهما الكفيل ﴿ **المتدرك** ﴾ وهما باقيان حتى تقابضا لأن مناط الصحة التقابض في المجلس ، ولا دخل لحصول الكفيل ولا غيبته ﴿**و**﴾ اذا قضا احدهما صاحبه ﴿ **ما** ﴾ هو له عليه ﴿ **في الذمة** ﴾[2] فانه يصح لأنه ﴿ **كالحاضر** ﴾ ما لم يكن

---

(١) **قوله** : الا هابها ، أقول : فيه لغتان المد والقصر ، والاول أفصح وأشهر ، وأصله هاك فأبدلت المدة من الكاف ومعناه خذ هذا ، ويقول صاحبه مثله وأستدل به على اشتراط التقابض في الصرف في المجلس ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما ، قلت بل يدل على اشتراط التقابض في الستة في صرف وغيره .

(٢) **قال** : ـ وما في الذمة كالحاضر ، أقول : لم يستدل له الشارح وانما اشار الى الدليل في آخر كلامه وهو ما ذكره المصنف وابن بهران من حديث ابن عمر عند أبي داود وهو انه كان يشتري الابل بالدراهم ويأخذ الدنانير ويأخذها بالدنانير ويعطي الدراهم يأخذ هذه من هذه ويعطي هذه عن هذه ، وانه سأل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك فقال لا بأس ما لم تفترقا وبينكما شيء « قال في الغيث فدل على ان ما في الذمة كالحاضر» . قلت فيه تأمل لأنه لم يبع ما في ذمته من النقد بالنقد الآخر

العوضان كلاهما في الذمة لئلا يكون من الكالي بالكالي كما تقدمت الاشارة اليه في حديث ابن عمر ما لم تفرقا وبينكما شيء ﴿و﴾ لما كانت[1] الجنسية مناط الربوية وكانت قد تلتبس اوضحها بقوله ﴿ **الحبوب اجناس** ﴾ لا جنس واحد ما لم تتفق صورتها كالعلس والبر ﴿ **وكذلك الثمار واللحوم اجناس وفي كل جنس** ﴾ في اللحوم ﴿ **أجناس** ﴾ فالكبد جنس والكرش جنس واللحم جنس والشحم جنس والمعا جنس والكلا جنس وشحم البطن جنس والالية جنس ﴿ **والالبان تتبع اللحوم** ﴾ في الاختلاف ﴿ **والثياب سبعة** ﴾ اجناس حرير وكتان وقطن وخز وشعر وصوف ووبر ﴿ **والمطبوعات** ﴾ وهي ما يجري عليها الطابع والمطارق من المعادن ﴿ **ستة** ﴾ اجناس الذهب والفضة والنحاس والرصاص والحديد والشبه وهو نوع من الصفر يشبه الذهب .

ثم لما عرفت ان التقدير مناط للربوية ايضاً كالجنسية وكان قد يختلف بيّـن ما يعمل عليه عند الاختلاف فقال ﴿ **فان اختلف التقدير** ﴾ بأن يكون تارة مكيلاً وتارة موزوناً او في بلد مكيلاً وفي اخرى موزوناً ﴿ **اعتبر الأغلب في** ﴾ تقدير ﴿ **البلد** ﴾ وقال المؤيد بالله والشافعي بل الميزان ميزان مكة والمكيال مكيال المدينة لثبوته كذلك من حديث ابن عمر مرفوعاً عند أبي داود والنسائي والبزار ، واستغربه وصححه ابن حبان والدارقطني والنووي وابو الفتح القشيري ، قلنا اختلف في صحابيه فروى عن ابن عباس ، قالوا اتفق الحفاظ على ان الذي اخطأ بذلك ابو احمد وقلب متنه ايضاً ، وقال الميزان ميزان المدينة والمكيال مكيال مكة ، قلنا قال الخطابي معنى الحديث ان الوزن الذي يثبت به نصاب الزكاة في الموزون ميزان مكة والمكيال الذي يثبت به نصابها في المكيال مكيال المدينة لا إن[2] المراد أن لا يوزن شيء إلا ما

= ولا وقع تعاقد وانما غايته ان في ذمته نقداً فأعطى عنه نقداً آخر وأخذه من باب قضاء الدين ، وانما دل الحديث على ان من عنده لغيره نقد وأراد أن يقضيه عنه نقداً آخر من غير جنسه ان يسلمه اليه قبل التفرق جاز ، وكيف يجعل ما في الذمة كالحاضر في باب الربا مع قوله صلى الله عليه وآله وسلم يداً بيد وهابها فانه ظاهر في اشتراط الحضور للبدلين والتقابض ؟

(١) قوله : ـ ولما كانت الجنسية مناط الربوية ، اقول هذا يحتاجه من يقول بالحاق غير الستة بها لا على ما نختاره ويختاره الشارح .

(٢) قوله : ـ لا إن المراد لا يوزن شيء إلا ما وزن في مكة ، أقول : المتبادر من الحديث انه اعلام بأن ما اعتبر فيه الشارع كيلاً أو وزناً من زكاة وغيرها انه يعتبر تقادير مكة والمدينة وان قوله في خمسة أوسق

وزن في مكة ولا يكال شيء إلا ما كيل في المدينة فان التعرض لبيان الميزان لا يستلزم التعرض لبيان الموزون ، قالوا ممنوع فان الوزن مضاف[١] الى الموزون وهو مطلق والمطلق يتقيدبالمعتاد وقد بين الحديث ان حكم الربو متعلق بمعتاد مخصوص ، والا لزم ان يثبت الربو في مختلفي الجنس ، والتقدير في مكة والمدينة اذا قدرا في غيرهما فيحكم بالربو في ما لا ربو فيه عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ﴿ **فان صحب أحد المثلين** ﴾ كان صواب العبارة الجنسين لأن المماثلة قد تكون في التقدير ، ولا يجب تغليب المنفرد فيما تماثلا في التقدير نحو رطل سمن برطل عسل ودرهم حاضرين فلو قال احد الجنسين لسلم من ذلك الوهم ثم المراد بالصحبة ان يدخل معه في العقد ﴿ **غيره** ﴾ وهو ﴿ **ذو قيمة** ﴾ مستقلة لو انفرد كما لو باع صاع تمر بصاع تمر ودرهم ﴿ **غلب** ﴾ أي وجب أن يزاد على الصاع ﴿ **المنفرد** ﴾ عن الدرهم والا لكان بعضه يقابله الدرهم والبعض الآخر يقابله الصاع الآخر فيتفاضل المتقابلان مع اتفاق جنسيهما ، وتقديرهما ، وهو عين الربوى بخلاف ما اذا كان المنفرد زايداً على الصاع بشيء له قيمة كانت تلك الزيادة في مقابلة الدرهم ، ويقابل صاع وصاع مستويان وهذا هو مناط[٢] مسائل

= صدقة « ومثل ان الفطرة صاع » وفي عشر أواقي صدقة » ان ذلك كله مراد به مقادير مكة والمدينة ، ويقاس على ذلك القدر في غيرهما من البقاع ، وأما مثل مقادير الربويات ففي كل محل بمقداره فانه ليس المراد الا تساوي الأمرين تقديراً لا بمقدار محل معين ولذا ورد لفظ وزناً بوزن وكيلاً بكيل بالتنكير من غير إشارة الى قدر محل معين ، بخلاف مثل صاع من تمر فانه يعرف ان المراد من كيل المدينة بقرينه مثل« اللهم بارك لنا في مدها وصاعها » وفي الزكاة خمسة أوسق فانه مقدار معروف في المدينة هذا الأقرب من فهم الحديث انه قطعي انه المراد ، وأما قول الشارح ان التعرض الخ فلا طائل تحته .

(١) **قوله** : ـ مضاف الى الموزون ، أقول : أي انه لا يطلق الا كذلك يقال وزن الذهب ووزن الفضة ، وكان الأحسن أن يقول والاضافة للعهد والمعهود وزن لأن قوله وهو مطلق إن أراد ، مع الاضافة فلا يناسب ما يقرره ايمة البيان ، والشارح أيضاً من أن أصل الاضافة للعهد ، وان أراد في حديث وزناً بوزن فلا يناسب قوله انه مضاف والأقرب ان هذا مراده ، ويريد الاضافة في غير عبارة الحديث ، وأما قوله وإلا لزم الى آخره ففيه خفاء .

(٢) **قوله** : ـ مناط مسائل الاعتبار ، أقول في شرح الأثمار لابن بهران مسائل الاعتبار هي بيع جنس ربوي بجنسه متفاضلاً اذا كان مع أحدهما أو مع كل واحد منهما شيء من غير جنسه فيصح ذلك عند العترة ، والحنفية اعتباراً لمقابلة كل جنس الجنس المقابل له ، لعموم (وأحل الله البيع) قلت وفي نهاية المجتهد انه قال مالك والليث بعدم جواز ما ذكره في مسائل الاعتبار قال وسبب الاختلاف هل ما

الاعتبار ، وخالف فيه الشافعي لحديث فضاله بن عبيد اشتريت يوم خيبر قلادة فيها ذهب وخرز باثني عشر ديناراً ففصلتها فوجدت فيها اكثر من اثني عشر ديناراً فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وآله وسلم قال «لا تباع حتى تفصل» هذه رواية مسلم وأبي داود والترمذي ، وقال حسن صحيح ، وفي رواية لأبي داود لا حتى تميز بينه وبينه فقال انما اردت الحجارة فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم «لا حتى تميز بينهما فرده حتى ميز بينهما» وعند النسائي «أفصل بعضها من بعض ثم بعها» .

قلت لأنه [١] وجد فيها ذهباً اكثر مما شراها به فلم يكن المنفرد غالباً ، وقد اشترطنا غلبته جمعاً بين الحديثين وبين ما احل الله البيع ﴿ **ولا يلزم** ﴾ التغليب المذكور ﴿ **ان صحبها** ﴾ الغير جميعاً اي كليهما لأن الغير في كل منهما يقابل غير جنسه فيذهب الربو ﴿**ولا**﴾ يلزم ﴿ **حضور المصاحب** ﴾ وهو الدرهم في المثال السابق اذا حصلت الزيادة في المنفرد عنه ﴿**ولا**﴾ حضور [٢] ﴿ **المصاحبين** ﴾ خلافاً للشافعي محتجاً بأن المصاحب اذا غاب

= يقابل به الغرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساوياً في القيمة او يكفي في ذلك رضا البائع ؟ فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز لمكان الجهل بذلك الا انه اذا لم يكن الغرض مساوياً لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة ، مثاله أن تباع كيلين من تمر بكيل وثوب ، فقد يجب أن يكون قيمة الثوب تساوي الكيل ، والا وقع التفاضل ضرورة ، وأبو حنيفة اكتفى بأن يرضى به المتبايعان قلت يلزم لو تراضيا بالربو فالأصوب مع المانع اي لما قاله أبو حنيفة لا لمسائل الاعتبار مطلقاً بل الصورة التي مثلها صاحب النهاية صحيحة كما أشرنا بانه قد جنح المنار اليها فان المراد انه جنح الى تصحيح الصورة التي يكون الغرض فيها مساوياً ومنع ما تراضا المتبايعان .

(١) **قوله** :ـ لأنه وجد فيها ذهباً اكثر مما شراها ، أقول : كما صرح به الحديث ، وما قاله الشارح اولى من كلام صاحب المنار الأثمار فانه قال قلنا يحمل على ان الذهب المنفرد لم يكن غالباً جمعاً بين الأدلة ، لأن ظاهره انه لم ينقل ان المنفرد غالب والحديث مصرح بأنه كان الذهب اكثر من الذهب الذي شراها به ، وقول الشارح جمعاً بين الحديث وبين أحل الله البيع لا يخفى انه لا منافاة بين الآية وتحريم ما حرم في البيوع من الربو لأن المراد بالبيع الذي احله الله ما لم يأت فيه نهي ، وما نهى عنه ليس مما احل الله تعالى بيعه وقد سبق عن شرح الأثمار مثل هذا الذي أتى به الشارح ، وفيه ما في هذي ، واعلم انه زاد في الأثمار لفظ غالباً قال شارحه احتراز من ان يقصد بهذه الجريرة الوسيلة الى التفاضل المحرم فان قصد ذلك فسد البيع ويكون ربا منهياً عنه وللمنار بحث هنا الا انه طوله فاكتفينا بالاشارة اليه .

(٢) **قوله** :ـ ولا حضور المصاحبين خلافاً للشافعي ، أقول الشافعي لايقول بمسائل الاعتبار ، وهذا الخلاف فرع القول بها كما لا يخفى وزاد ابن بهران في شرح الأثمار انه لا يلزم ايضا حضور المصاحبين من

كان التقابل بين الجنسين المتفاضلين فيحصل الربو بخلاف ما اذا حضر فانه يقابل الزيادة فلا يتفاضلان .

وأجاب المصنف بأن المصاحب اذا انطوى عليه العقد لم يتعين الجنسان المتفاضلان للتقابل ، غاية الأمر احتمال ذلك وما احتمل وجه صحة ووجه فساد وجب الحمل على الصحة هذا كلامه لكنه خلاف ما قرره في الأصول من ترجيح[١] الحضر عند الاحتمال ، وانما يتجه كلامه هنا على القول بترجيح الاباحة كما هو الحق على انه لو صح هذا لما احتجنا الى تغليب المنفرد لأنا[٢] نحكم بأن المنفرد في مقابلة المجموع والمجموع من حيث هو مجموع ليس بموافق في الجنس وان امكن ان يوافق في التقدير ، وعدم موافقته الجنس كافٍ في جواز التفاضل ، وقوله ﴿ **غالباً** ﴾ احتراز مما لو كان المصاحب ومقابله مما لا يجوز فيهما النساء بان يتفقا في التقدير نحو صاع ونصف من بر بصاع بـر وصاع شعير ، فان صاع الشعير وما قابله من نصف صاع البر لا يجوز النساء بينهما ، وان جاز التفاضل ، ثم لا يخفاك ان قوله فان صحب احد المثلين الى آخره ، انما يتم في ربا الحضور ، لا في ربا النسية ، فانه لو غلب المنفرد لما انتفى الربو في

= الجنسين كما لا يلزم حضور ما صحبهما ، قلت ولا يخفى انه يدخل في النهي عن بيع الكالي بالكالي ولا يصح ، وقال المصنف في البحر تحريم بيع النسية بنسية كبعتني ثوباً في ذمتك صفته كذى الى شهر كذا بدينار في ذمتي لنهيه ، صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الكالي بالكالي « اخرجه الطبراني في الكبير الا انه قال الحافظ ابن حجر انه من طريق موسى بن عبيدة الربذي ، وهو ضعيف ورواه ايضاً الحاكم والدارقطني من حديثه ، قال الحافظ ابن حجر والكالي مهموز ، قال الحاكم عن أبي الوليد حسان هو بيع النسية بالنسية ، وروى البيهقي عن نافع انه بيع الدين بالدين ويؤ يده نقل احمد الاجماع ، وقد رواه الشافعي لفظ نهى عن بيع الدين بالدين انتهى باختصار» .

(١) **قوله** : ـ ترجيح الحظر عند الاحتمالين ، أقول لا حظر هنا فانه على تقدير وقوعه على وجه الفساد يجوز الدخول فيه ولكنه قال في المنار من تعارض الأصل ،والظاهر فان الأصل عدم اجتماع شروط الصحة ، فلو حكم بالأصل حكم بالفساد ، وانما زعموا ان الأصل الصحة لأن ظاهر حال الملتـزم للشريعـة المحافظة على مقتضاها ، والصحة من مطالب الشريعة ذكره عند قول البحر انما تردد بين جهتي صحة وفساد يحمل على الصحة في فصل بيع الشجر.

(٢) **قوله** : ـ لأنا نحكم بالمنفرد في مقابلة المجموع ، اقول : الأولى لأنه يحتمل وجه الصحة ووجـه الفساد ، وما احتمل وجه صحة وفساد وجب حمله على الصحة ثم يعلله بأن مقابلة المجموع بالمجموع وجه صحة والحمد لله كثيراً .

النساء كما في المثال المذكور لأن المتفقين في واحد من الجنس والتقدير لا يجوز النساء بينهما سواء كان مع احدهما زيادة من غيره أو لا ، وسواء غلب المنفرد او لا وسواء تفاضلا أو لا ، على ما يقتضيه اطلاق قوله في احدهما او لا تقدير لهما ، التفاضل لا النساء ، الا ان يقول الزيادة المخالفة في الجنس والتقدير توجب اختلاف العوضين فيهما كما اشرنا اليه سابقاً جاز التفاضل بها والنساء معها فلا تحتاج الى تغليب المنفرد ايضاً .

﴿ فصل ﴾

﴿ ويحرم[١] بيع الرطب ﴾ يعني المنفصل عن النخل ليبقى[٢] لذكر المزابنة فيما سيأتي فأيده ﴿ بالتمر ﴾ اليابس خلافاً لأبي حنيفة محتجاً بأن الرطب تمر ، والغرض حصول التساوي حال العقد في الكيل مع الحضور ، وقد ثبت حديث التمر بالتمر مثلاً بمثل يداً بيد « قلنا منعه حديث سعد بن أبي وقاص » ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال اينقص[٣] الرطب اذا جف قالوا نعم، قال فلا اذن « ويروى » فنهي عن ذلك اخرجه مالك والشافعي واحمد واصحاب السنن وابن خزيمة وابن حبان والحاكم والدارقطني والبيهقي والبزار قالوا اعله جماعة منهم الطحاوي والطبراني وابن حزم وعبد الحق كلهم اعله بجهالة[٤] حال زيد وابن عياش ومداره عليه قلنا وثقه الدارقطني واعتمده مالك مع شدة نقده ، وقال المنذري قد روى عنه ثقتان .

---

(١) فصل : ـ ويحرم بيع الرطب بالتمر ، أقول : زاد في الأثمار ولا يصح ، قال شارحه لأن مجرد التحريم كما في الأزهار لا يفيد نفي الصحة ، قلت وأحسن من الكل عبارة التذكرة حيث قال : فصل نهي عن المزابنة وعن الخ فجاء بعبارة توافق لفظ الحديث ومستوفاة المناهي اكثر مما هنا.

(٢) قوله : ـ ليبقى لذكر المزابنة فيما يأتي فائدة ، اقول : قد نبه على ذلك الأثمار فقال ومنه المزابنة ، فجعلها قسماً من بيع التمر لا قسيماً له كما توهمه عبارة الأزهار .

(٣) قوله : ـ اينقص الرطب إذا جف ، اقول : لم يرد صلى الله عليه وآله وسلم الاستفهام على حقيقته فان مثل ذلك لا يخفى وانما قصد التنبيه على علة المنع ، قاله في شرح الأثمار وقد سبقه اليه غيره ، ففي حواشي تلخيص الخبير انه اعل بعضهم الحديث بانه تضمن ما لا يمكن نسبته الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من الاستفهام عما لا يخفى ورد بأنه ليس استفهاماً على حقيقته ، وذكر نحواً مما سبق .

(٤) قوله : ـ بجهالة حال زيد وابن عياش ، أقول : هكذا في نسخة الشارح ، والذي في كتب الرجال انه زيد ابو عياش بن الصامت وأبو عياش بالمثناة التحتية ، وآخره معجمه كنيته لا اسم ابيه وأبوه

قلت هما **عبدالله** بن يزيد وعمران بن أبي أنس وهما من رجال مسلم ، ولذلك صححه [١] الترمذي والحاكم قالوا وقع عند الطحاوي والحاكم وأبي داود الرطب بالتمر نسية ـ بزيادة نسية ـ ولا نزاع في ذلك ، قلنا زيادة تفرد بها يحيى وخالفه مالك واسماعيل بن أمية والضحاك بن عثمان واسامة بن زيد وعثمان بن أبي أويس فرووه بدون الزيادة ﴿ **والعنب بالزبيب** ﴾ قياساً [٢] على الرطب بالتمر ﴿ **ونحوهما** ﴾ حب أخضر أو مبلول بيابس ، وكل ما لم يساوِ مقابله الاّ بمازح لا قيمة له ﴿**و**﴾ تحرم ﴿ **المزابنة** ﴾ [٣] وهي بيع التمر على رؤوس النخل كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلاً متفق عليه من حديث ابن عمر ، الا ان الشافعي قال تفسير المزابنة والمحاقلة في الأحاديث تحتمل ان يكون عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم

= اسمه الصامت كما في التقريب زيد أبو عياش بن الصامت تابعي وفيه أبو عياش آخر صحابي ، قيل اسمه زيد بن الصامت ايضاً ، وقيل ابن النعمان وقيل عبدالله بن معوية ، وقد وهم الطحاوي فظن ان المذكور في هذا الحديث الصحابي هذا وقد أفرد الشارح الضمائر الأربعة الآتية الى زيد بن عياش على تقدير عدم حرف العطف فكأنه سبق قلم من غيره ، وان كان ذلك في نسخته التي جرى عليها قلمه فالسهو لا يخلو عنه البشر ، وقد وجدت في نسخ من الضوء زيد ابي عياش على الصواب ، والنسخة التي تكلمنا عليها خط الشارح .

(١) **قوله** : ـ صححه الترمذي والحاكم ، أقول وقال الحاكم ولا أعلم احداً طعن فيه وكأنه ما عرف ما قيل من جهالة بعض رواته .

(٢) **قوله** : ـ قياساً على الرطب ، أقول : قال ابن حزم انه لا يحل ان يباع العنب بالزبيب كيلاً ولا الزرع بالحنطة كيلاً ، ثم ساق من طريق بسنده الى ابن عمر « قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المزابنة بيع ثمر النخل بالتمر كيلاً أو بيع العنب بالزبيب كيلاً وعن كل ثمر بخرصه » قال وروى أي مسلم من طريق ابن أبي شيبة وساق بسنده الى ابن عمر مثله وفيه وان كان كرماً ان يبيعه بزبيب كيلاً وان كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعام » . وبه تعرف ان اللفظ الذي أتى به الشارح وان كان كرماً أن يبيعه بزبيب كيلاً هو بعض هذا الحديث الذي عن ابن عمر ، وبعد ثبوت النهي كيف يقاس على الرطب في العرية ؟ فانه قياس مصادم للنص الذي أتى به الشارح ونص على العلة ، حتى يقال نخص النهي بالقياس ، ولذا قال ابن حزم لا تجوز العرايا المذكورة في شيء من الثمار غير ثمار النخل .

(٣) **قال** : ـ والمزابنة ، أقول في النهاية من الزبن وهو الدفع وقد تكرر في الحديث ذكر المزابنة وهي بيع الرطب في روس النخل بالتمر وأصله ان كل واحد من المتبايعين يزبُنُ صاحبه ثمن حقه بما يزداد منه ، وانما نهى عنها لما يقع فيها من الغبن والجهالة ، واما تعرض الشارح للمحاقلة والمخابرة وتفسيرهما فتقديم لما يأتي في باب المزارعة .

منصوصاً ، ويحتمل أن يكون من قول من رواه فان كان من النبي صلى الله عليه وآله وسلم فذاك والا فالراوي اعـرف بتفسـير ما روى ، وأمـا الأحـاديث في النهـي عنهـا فَجَـمَّـةٌ في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي سعيد « نهى رسول الله صلى الله عليه وآلـه وسلـم عن المزابنة والمحاقلة » والمزابنة اشترى التمر بالتمر في رؤ وس النخل، والمحاقلة كـرا الأرض ، زاد في الموطأ بالحنطة ، ومن حديث ابن عمر « ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المزابنة » والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلا ، وفي لفظ « وان كان كرماً ان يبيعه بزبيب كيلاً ، وان كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعاماً ، ومن حديث جابر رضي الله عنه « نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المخابرة وعن المحاقلة وعن بيع التمر حتى يبدو صلاحه وان لا يباع الا بالدنانير والدراهم الا العرايا » قال عطا فسر لنا جابر رضي الله عنه فقال اما المخابرة فالأرض البيضاء يدفعها الرجل الى الرجل فينفق فيها ثم يأخذ من الثمر ، وزعم أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً والمحاقلة في الزرع بيع الزرع القائم بالحب كيلاً، وفي لفظ المخابرة الربع والثلث وأشباه ذلك وقال زيد بن أبي أنيسة قلت لعطا اسمعت جابراً يذكر هذا عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال نعم ، هذه روايات البخاري ومسلم وبه يندفع ما توهمه الشافعي رضي الله عنه من عدم رفع تفسير هذه الألفاظ ، وعند مسلم والنسائي في مراسيل ابـن المسيب ، والمحاقلة اشترى الزرع بالقمح واستكراء الأرض بالقمح، وعند أبي داود والنسائي والترمذي وصححه والمخابرة بيع الكدس[١] بكذا وكذا صاعاً ، وفي الباب عن أنس وعن ابن عباس عند البخاري ورافع بن خديج عند النسائي وأبي هريرة عند مسلم والترمذي والنسائي .

والمزابنة تحرم ﴿ الا العرايا ﴾[٢] لحديث انه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر الا انه رخص في العرية ان تباع بخرصها تمراً يأكلها رطباً الشافعي وأحمد والشيخان وغيرهم من حديث سهل بن أبي حثمة وهو عند الشافعي رضي الله عنه والشيخين من حديث

---

(١) قوله : الكدس ، أقول : هو بالضم وكرمان الحب المحصود المجموع على ما في القاموس .

(٢) قال : العرايا ، أقول : في النهاية تكرر ذكر العرايا والعرية في الحديث واختلف في تفسيرها ، فقيل انه لما نهى عن المزابنة وهو بيع التمر في روس النخل رخص من جملة المزابنة في العرايا وهو ان من لا نخل له من ذوي الحاجة يدرك الرطب ولا نقد بيده يشتري به الرطب لعياله وذكر مثل ما هنا ثم قال والعرية فعيله بمعنى مفعوله من عراه يعروه اذا قصده ، ويحتمل ان يكون فعيله بمعنى فاعله من عرا يعري اذا خلع ثوبه كأنها عريت من جملة التحريم فعريت أي خرجت .

أبي هريرة رضي الله عنه «ارخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في بيع العرايا فيما دون [١] خمسة أوسق» واتفقا عليه من حديث جابر بلفظ «نهى عن المزابنة» وهي بيع التمر بالتمر، الا انه رخص في العرية ، قال الشافعي العرايا فيما ذكره محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه قال شكى رجال من الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان الرطب تأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه من الناس وعندهم فضول قوت من تمر فرخص لهم ان يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر وأنكر محمد بن داود الظاهري على الشافعي هذا الحديث لانه لا أصل له من حديثه بهذا السياق ، وان كان عند الجماعة بلفظ «رخص لصاحب العرية ان يبيعها بخرصها» وقال ابن حزم لم يذكر الشافعي له اسناداً فبطل وتصلف ابن سريج فرد على محمد بن داود بما لا يجدي من كلام أهل السير كما ذكره الماوردي ﴿ و ﴾ يحرم ﴿ **تلقى الجلوبة** ﴾ [٢] لتشترى قبل ان تدخل الاسواق لحديث أبي هريرة رضي الله عنه عند الجماعة «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان يتلقى الجلب فمن تلقى فاشتراه منه فاذا اتا سدة السوق فهو بالخيار» الا ان ابن أبي حاتم حكى في العلل عن أبيه انه أو ما الى ان زيادة [٣]

---

(١) **قوله** : دون خمسة أوسق ، أقول : ومثله في النهاية ، وكان على المصنف رحمه الله التقييد بذلك ، وأهمله هو وحفيده في الاثمار ولا أدري ما وجه اهمال ذلك مع ان الحديث قيد به وهو دليل أصل المسألة وقد قيد به في التذكرة حيث قال العرايا شرا رطب على النخل بخرصه تمراً في ما دون نصاب للفقير ، هذا لفظه وزاد فيه للفقير ، والقيدان ايضاً في شرح الفتح وكأنه أخذ قيد الفقير من قوله في الحديث انه يأتي الرطب ولا نقد بأيديهم ، الا انه لا يفيد ذلك لجواز الغنا بغير النقد ولا خلاف عند مالك والشافعي في جوازها فيما دون الخمسة اوسق واختلفا فيما اذا كانت خمسة اوسق فلها لك روايتان .

(٢) **قال** : وتلقى الجلوبة ، أقول : قال المصنف في الغيث حرم تلقى الجلوبة لامرين أحدهما ان المتلقى يخدعهم والثاني ان الضعيف من أهل المصر لا يمكنه التلقي ، قلت لكنه يصح البيع لانه صلى الله عليه وآله وسلم جعل للبايع خياراً في رده وامضائه والخيار فرع الصحة .

(٣) **قوله** : الى ان زيادة الخيار مدرجة ، أقول : ساقها ابن الاثير في الجامع من حديث مسلم ، وساقها ابن حزم عن روايات جماعة مرفوعة ، وقال بها ، ونقل عن الشافعي ايجاب الخيار للبايع ، قال ابن دقيق العيد حيث لا غرور للركبان بحيث يكونون عالمين بالسعر فلا خيار ، وان لم يكونوا كذلك فان اشترا منهم بأرخص من السعر فلهم الخيار ، وان اشترى منهم بمثل سعر البلد أو أكثر ففي ثبوت الخيار لهم وجهان ، للشافعي منهم من نظر الى انتفاء المعنى وهو الغرور والضرر فلم يثبت الخيار ،

الخيار في الحديث مدرجة» من احتكر الطعام اربعين [١] ليله فقد برى من الله وبرى الله منه» احمد والحاكم وابن أبي شيبة والبزار وأبو يعلى من حديث ابن عمر وزاد الحاكم وايما أهل عرصة أصبح فيهم امرء جايع فقد برئت منهم ذمة الله وفيه اصبغ بن زيد [٢] اختلف فيه لكن وثقه يحيى والنسائي والدار قطني ، وأما كثير بن مرة فجهله ابن حزم وعرفه غيره ، وثقه ابن سعد واحتج به النسائي وروى عنه جماعة ، وأخرج ابن الجوزي له في الموضوعات مجازفة على عادته ويغني عنه حديث «لايحتكر الاخاطى» مسلم والترمذي وغيرهما من حديث معمر بن عبدالله بن نظلة [٣] العدوى وهو عند الحاكم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وابن ماجة واسحاق

= ومنهم من نظر الى لفظ حديث ورد باثبات الخيار لهم فجرى على ظاهره ولم يلتفت الى المعنى . ومثل تلقي الجلوبة البيع من المسترسل وهو الذي لا يمكس فانه يثبت له الخيار ، في مذهب مالك وأحمد وغيرهما ، فليس لاهل السوق ان يبيعوا الى المماكس بسعر ويبيعوا من المسترسل أو من هو جاهل بأكثر من ذلك السعر بل هذا مما ينكر على الباعة ، وجاء في الحديث غبن المسترسل ربو «ذكر ذلك ابن تيمية في بعض رسائله في الحسنة . واعلم ان المصنف أهمل ما هو مذكور في حديث النهي عن التلقي ، وهو بيع الحاضر للبادي ، فانه في حديث ابن عباس عند مسلم بلفظ «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان يتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد» وعقد له ابن حزم مسألة بلفظ ولا يجوز ان يتولى البيع ساكن مصر أو قرية أو محسر لحصاص لا في البدو ولا في شيء مما يجلبه الحصاص الى الاسواق والمدن والقرى اصلاً ولا ان يبتاع له شيئاً لا في مصر ولا في بدو الحصاص ، فان فعل فسخ البيع والشراء ابداً ، وحكم فيه بحكم الغصب ، ولا خيار لاحد في امضائه ، لكن يدعه يبيع لنفسه أو يشتري أو يبيع له حصاص مثله ويشتري له كذلك ، لكن يلزم الساكن في المدينة والقرية أو المحسر ان ينصح الحصاص في شرائه وبيعه ، ويدله على السوق ويعرفه بالاسعار ويعينه على رفع سلعته ان لم يرد بيعها ورفع ما يشتري ، ثم قال برهان ذلك وذكر سنده .

(١) **قوله** : اربعين ليلة ، أقول : لم أجد من اعتبر هذا العدد بل أطلق العلماء التحريم في الاحتكار ، قال الطيبي لم يرد بأربعين ليلة التحديد بل مراده ان يجعل الاحتكار حرفة يقصد بها نفع نفسه وضر غيره ، بدليل قوله في الحديث الآخر يريد به الغلا . قلت ولا يخفى تكلفه بل أفاد الحديث الآخر بمفهومه انه لو احتكر لا لأرادة الغلا جاز ولم يفد بطلان قيد الاربعين .

(٢) **قوله** : اصبغ بن زيد ، أقول : أوله بعد الهزة مهملة وآخره معجمة هو عبدالله الواسطي كاتب المصاحف صدوق يغرب ، قاله التقريب وفيه ايضاً كثيرين مرة الحضرمي الحمصي ثقة ووهم من عدة في الصحابة .

(٣) **قوله** : ابن نظلة ، أقول : بالنون ومعجمه ومعمر صحابي كبير من مهاجرة الحبشة ، واعلم ان

والدارمي وأبي يعلى والطبراني عن العبادلةمرفوعاً «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» قالوا قيدتموه بانه لا يحرم الااذا احتكرالمر﴿ **الفاضل عن كفايته ومن يمون الى الغلة** ﴾وفي الباب متفق عليه من حديث ابن عمر من حديث ابن عباس وعند غيرهما من حديث غيرهما ﴿ و ﴾ يحرم ﴿ **احتكار قوت الادمى والبهيمة** ﴾ خلافاً لابي حنيفة فيما شراه [١] من غير المصر وقول للشافعي مطلقاً وانما يكره ، ولزيد في غير الحنطة والشعير ، لنا عموم حديث لما تقدم [٢]

= الاحاديث كلها في الطعام فالحاق قوت البهيمة بالقياس كما صرح به شارح الاثمار ، قال في المنار ولا يتم ذلك لزيادة حرمة الادمى .

من طريق مسلم من حديث أبي هريرة عنه صلى الله عليه وآله وسلم انه نهى ان يبيع حاضر لباد«ومن طريق مسلم عن أنس مرفوعاً مثله وزاد فيه وان كان أخاه أو أباه ومن طريق مسلم عن أبن عباس الحديث الذي ذكرناه اولا ، ومن طريق مسلم من حديث جابر قال«رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يبع حاضر لباد دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض«ومن طريق مسلم عن عمر»نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع حاضر لباد»ثم قال فهذا نقل خمسة من الصحابة بالطريق الثابتة وأخرج عن أنس بن مالك انه كان يقول لا يبع حاضر لباد»هي كلمة جامعة لا يبع له شيئاً ، ولا يبتع له شيئاً ، وقال مالك لا بأس ان يشتري الحاضر للبادي انما منع من البيع له فقط ، قلت وهو راجح لان المناهي وردت في المبيع فقط ، وأما قول انس انها كلمة جامعة تشمل النهي عن البيع والشراء فاجتهاد منه مع انها لا تحمل الكلمة المشتركة على الضدين من معنيهما ، ويجوز الشراء دون البيع ، قال الحسن ومالك وغيرهما قيل الربيع بن هيثم ثم قال ابن حزم وانما قلنا يفسخ البيع لانه منهى عنه وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد ، ثم قال والبادي انما يقع على أهل الاخبية والحصون المنتجعين مواقع القطر للرعي فقط ، وأما جواز الاشارة عليه وتعريفه بالسعر فهو من باب وجوب النصيحة داخل تحت ادلتها ، ونقل عن الشافعي انه اذا وقع البيع فلا يفسخ .

(١) **قوله** : فيما شراه من غير المصر ، أقول زاد شارح الاثمار أو كان زرعه فانه لا احتكار فيه عند الحنفية ، قلت وهو رد للحديث بغير دليل .

(٢) **قوله** : لما تقدم في الخُمس ، أقول : ولما روى ابن المسيب عن معمر بن أبي معمر حدثني عدى بن كعب قال«قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من احتكر فهوخاطىء»فقيل لسعيد انك تحتكر قال ان معمرا الذي كان يحدث بهذا الحديث يحتكر ، أخرجه مسلم وأبو داود قال الترمذي وانما روى عن سعيد بن المسيب انه كان يحتكر الزيت والحنطة ، قال البيهقي بعد رواية وظني بهما انهما احتكرا على غير الوجه المنهي عنه . قلت واعلم ان ههنا أوهاماً تتابع فيها النظار البحر والازهار والاثمار وشارحه وضوء النهار وهو اتفاقهم على ما سمعته في الاحتكار والذي في النهاية أحتكر الشيء اشتراه وحبسه

في الخمس من حديث ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يعطي كل واحدة من نسائه مائة وسق من خيبر ، فبطل الاطلاق ، فيحمل على ما يضر المسلمين فلا يكون النهي بمجرد الاحتكار ، بل للاضرار وهو معنى قولكم ﴿ مع الحاجة ﴾ بالمسلمين اليه وغنائه عنه والا وجب عليه تقديم خاصة نفسه لحديث «ابدأ بنفسك» تقدم في النفقات ، ولا حاجة الى قوله

= ليقل فيغلا وفي القاموس الحكر بالتحريك ما احتكر أي حبس انتظاراً لاغلائه . فهذا معناه لغة وأخرج البيهقي عن أبي هريرة مرفوعاً من احتكر يريد ان يغالي بها على المسلمين فهو خاطىء وقد بريت منه ذمةالله تعالى «واخرج ايضاً عن معقل بن يسار مرفوعاً» من دخل في شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقاً على الله ان يقذفه في معظم النار يوم القيامة «فتصريحه صلى الله عليه وآله وسلم بالإغلاء مع تضمن معنى الاحتكار له زيادة تأكيد وايضاح .

فاذا عرفت هذا فلا وجه لقولهم الفاضل عن كفايته فان من عنده كفاية عمره مثلاً لا يسمى محتكراً ، فلا وجه لذكره ومن ليس عنده الا قوت يومه وفي ملكه طعام يحتكره يسمى معكراً اثما خاطئاً الوهم الثاني ذكرهم لما فعله صلى الله عليه وآله وسلم من اعطاء نسائه قوت السنة من هذا الباب خطأ فانه ليس من الاحتكار حتى يذكر هنا ويحترز عنه بل هذه مسألة مستقلة ينبغي ان تذكر فيقال وادخار قوت السنة لا ينافي التوكل بدليل فعله صلى الله عليه وآله وسلم ، الثالث قوله مع الحاجة اليه ، لا دخل له في تحريم الاحتكار بل الاحتكار قد عرفت من حقيقته انه حبس الطعام مثلاً انتظاراً للغلاء سواء احتاج الناس ام لا ، وانما هذه مسألة أخرى وهي احتياج الناس الى الطعام وعند رجل سعة في الطعام فانه يتعين عليه مواساتهم من باب سد الرمق وانقاذ الغريق ، ولو بالقيمة ، فيجب عليه بذله لا لاجل الاحتكار بل بسبب آخر سواء كان محتكراً ام لا ، فعرفت بهذا تخليط البحث هنا فان الفصل معقود ببيان ما يحرم والنص ورد بتحريم الاحتكار فضموا اليه قيود أجنبية عن مسماة لغة ، والشارح ساعدهم وقال انما حرم لاجل الاضرار ، نعم ارادة الاضرار علة النهي سواء حصل الاضرار أم لا لأنه من مسمى الاحتكار ، فلو قال ويحرم الاحتكار ويمنع من يريد الشراء لأجله لما فيه من الاضرار لكان مفيداً ، فقد أخرج البيهقي في السنن الكبرا بسنده ان عمر بن الخطاب خرج الى السوق فرا ناساً يحتكرون بفضل اذهابهم فقال عمر لا ونعمة عين يأتينا الله بالرزق حتى اذا نزل سوقنا قام اقوام فاحتكروا بفضل اذهابهم عن الارملة والمسكين اذا خرج الجلاب باعو على نحو ما يريدون من التحكم ولكن ايما جالب جلب يحمله على عمود كنده في الشتاء والصيف حتى ينزل سوقنا فذلك ضيف لعمر فليبيع كيف شاء الله وليمسك كيف شاء الله . وهكذا وان كان رأياً من عمر فهو داخل تحت النهي عن الاحتكار ، قيل ويعتبر ايضاً ان يكون متربصاً به الغلا ، قلت ويدل له قوله في حديث ابن عمر متربصاً به الغلا فيكون دليلاً على جواز احتكار ما يحتاجه لنفسه وان كان لا يسمى احتكاراً .

﴿ وعدمه الا مع مثله ﴾ لان الحاجة لا تكون الا مع عدمه مع مثله ، واذا تكاملت شروط تحريم صح الاحتكار ﴿فيكلف البيع﴾ لان الاحتكار حَ منكر وفيه نظرفان المنكرماكان دليله قطعياً بحيث لا خلاف فيه ، وأما مثل هذا فقد عرفت خلاف الايمة فيه ﴿ لا ﴾ انه يكلف ﴿ التسعير ﴾ [1] له بسعر يوافق غرض المسلمين لحديث ان السعر غلا على عهد رسول الله

---

(١) قال : لا التسعير في القوتين ، أقول : ههنا فوائد يحسن تقيدها مستفادة من رسالة لابن تميمة فاعلم ان التسعير منه ما هو ظلم لا يجوز ، ومنه ما هو عدل جايز فاذا تضمن ظلم الناس واكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام ، واذا تضمن العدل بين الناس مثل اكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ومنعهم ما يحرم عليهم من أخذ زيادة على عوض المثل فهو جايز ان لم يكن واجباً ، فأما الاول فمثل ما روى انس قال غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالوا : «يا رسول الله لو سعرت فقال ان الله هو القابض الباسط المسعر» الحديث رواه ابو داود والترمذي وصححه فاذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم وقدارتفع السعراما لقلةالشيء أولكثرةالخلق فهذا الى الله فالزام الخلق ان يبيعوابقيمة بعينها اكراه بغيرحق ، وأما الثاني كمثل ان يمتنع ارباب السلع من بيعها مع اضطرار الناس اليها الا بزيادة على القيمة المعروفة فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ولا معنى للتسعير الا الزامهم بقيمة المثل فيجب ان يلزموا ما ألزمهم الله به وأبلغ من هذا ان يكون الناس قد الزموا ان لا يبيع الطعام أو غيره الا ناس معروفون أو لاتباع تلك السلع الا لهم ثم يبيعونها هم فلو باع غيرهم ذلك منع أما ظلماً لو ضيعه تؤخذ من البايع أو غير ظلم لما في ذلك من الفساد ، فهذا يجب التسعير عليهم بحيث لا يبيعون الا بقيمة المثل ولا يشترون اموال الناس الا بقيمة المثل بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء ، لأنه اذا كان قد منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه فلو سوغ لهم ان يبيعوا بما اختاروا أو يشتروا بما اختاروا كان ذلك ظلماً للخلق من وجهين ظلماً للمشترين وهضماً للبايعين في سلعهم وهو أعظم عدواناً من تلقي السلع ومن بيع الحاضر للبادي ، ومن بيع النجش ، والواجب اذا لم يمكن دفع جميع الظلم ان بدفع الممكن منه فالتسعير في مثل هذا واجب بلا نزاع ، وهو الزامهم ان لا يبيعوا ولا يشتروا الا بثمن المثل ، وهذا واجب في مواضع كثيرة من الشريعة ، فانه كما ان الاكراه على البيع لا يجوز الا بحق ويجوز الاكراه على البيع في مواضع مثل بيع المال لقضاء الدين الواجب والنفقة الواجبة ، ومن ذلك ان يحتاج الناس الى صناعة ناس مثل حاجة الناس الى الفلاحة والنساجة والبناية ، فان الناس لا بد لهم من طعام يأكلونه وثياب يلبسونها ومساكن يسكنونها وحاجتهم الى الطعام اكثر من حاجتهم الى الثياب ، ولذا قال غير واحد من الفقهاء من أصحاب الشافعي واحمد أبن حنبل وغيرهما كأبي حامد الغزالي وأبي الفرج ابن الجوزي وغيرهما ان هذه الصناعات فرض على الكفاية وانه لا يتم مصلحة الناس الا بها كما ان الجهاد فرض على الكفاية الى ان يتعين فيكون فرضاً على الاعيان مثل ان يقصد

= العدو بلداً أو يستنفر الامام أحداً وطلب العلم الشرعي واجب على الكفاية الا فيما يتعين مثل طلب كل واحد علم ما أمره الله به وما نهاه عنه فان هذا فرض على الاعيان ، وفروض الكفايات معروفة والمقصود هنا ان الاعمال التي هي فرض على الكفاية متى لم يقم بها غير الانسان صارت فرض عين لا سيما ان كان غيره عاجزاً عنها ، فان كان الناس محتاجين الى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم صار هذا العمل واجباً عليهم يجبرهم عليه ولي الأمر اذا امتنعوا عليه بعوض المثل ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة على عوض المثل ولا يمكن الناس من ظلمهم بان يعطوهم دون حقهم ، وهذا من التسعير الواجب ، وكذلك اذا أحتاج الناس الى من يصنع لهم آلات الجهاد من سلاح وجنن للحرب وغير ذلك يستعمل بأجرة المثل فهذا تسعير في الاعمال ، وأما في الأموال فاذا احتاج الناس الى سلاح للجهاد فعلى أهل الاسلام ان يبيعوه بثمن المثل لا يمكنوا من حبس السلاح حتى يتسلط العدو ويبذل لهم من الاموال ما يختارون ، فاذا وجب عليه ان يجاهد بنفسه وماله فكيف لا يجب عليه ان يبيع ما يحتاج اليه في الجهاد بعوض المثل ، وكذلك اذا احتاج الناس الى من يطحن لهم أو يخبز لهم فهذا على وجهين أحدهما ان يحتاجو الى صناعتهم كالذين يطحنون ويخبزون لاهل البيوت فهو لا يستحقون الاجرة وليس لهم عند الحاجة اليهم ان يطالبوا الا بأجرة المثل كغيرهم من الصناع والثاني ان يحتاجوا الى الصنعة والبيع فيحتاجون الى من يشتري الحنطة ويطحنها والى من يخبزها ويبعها حين حاجت الناس الى شراء الخبز من الاسواق فهؤلاء يلزمون اذا امتنعوا كما تقدم ، واذا دخلوا طوعاً فهو المراد ، ثم يسعر على الطايفتين الدقيق والحنطة فلا يبيعوا الدقيق الا بثمن المثل ولا الخبز الا بثمن المثل بحيث يربحون الربح المعروف من غير اضرار بهم ، واعلم انه قد تنازع العلماء في التسعير في مسألتين أحدهما اذا كان للناس سعر غالب فأراد بعضهم أن يبيع بأغلا من ذلك السعر فانه يمنع منه في السوق في مذهب مالك ، وهل يمنع من النقصان ؟ على قولين لهم ، وأما الشافعي وأصحاب أحمد كابي يعلى وأبي حفص العكبري والشريف أبي جعفر وابن الخطاب وابن عقيل فانهم منعوا من ذلك ، واحتج مالك بما رواه في الموطا عن يونس بن سيف عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبي بلتعة وهو يبيع زبيباً في السوق فقال له عمر أما ان تزيد في السعر وأما ان ترفع من سوقنا ، وأجاب الشافعي وموافقوه عن ذلك بما رواه ، قال حدثنا الدرا وردي عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر انه مر بحاطب بسوق المصلى وبين يديه غرارتان فيهما زبيب فسأله عن سعرها فسعر له مدين بدرهم فقال عمر قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زبيباً وهم يعتبرون بسعرك ، فاما ان ترفع في السعر واما ان تدخل البيت فتبيعه كيف شئت فلما رجع عمر حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال ان الذي قلت لك ليس بعزمة مني ولا قضا انما هو شيء أردت الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع ، قال الشافعي وهذا الحديث مستقصى ليس بخلاف لما رواه مالك ، ولكنه روى بعض الحديث أو رواه عنه من رواه وهنا أتى بأول الحديث وآخره وبه أقول لأن الناس مسلطون

= على أموالهم ليس لاحد ان يأخذها أو شيء منها بغير طيب النفس الا في المواضع التي يلزمهم ، وهذا ليس منها ، والمسألة الثانية في التسعير ، هل يحد لأهل السوق حد لا يجاوزونه مع قيام الناس بالواجب ؟ فهذا منع منه جمهور العلماء حتى مالك نفسه في المشهور عنه ونقل المنع عن ابن عمر وسالم والقاسم بن محمد وذكر أبو الوليد عن سعيد بن المسيب وربيعه بن أبي عبد الرحمن وعن يحيى بن سعيد انهم رخصوا فيه ولم يذكر الفاظهم ، وروى أشهب عن مالك في صاحب السوق يسعر على الجزارين لحم الضان ثلث رطل ولحم الابل نصف رطل والآخر جوا ، فقال اذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به ، ولكن أخاف ان يقوموا من السوق واحتج اصحاب هذا القول بأن في هذا مصلحة للناس بالمنع من اغلا السعر ولا فساد عليهم ، قالوا ولا يجبر الناس على البيع انما يمنعون من البيع بغير السعر الذي يجده ولي الامر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبايع والمشتري ولا يمنع البايع ربحاً ولا يسوغ له ما يضر بالناس ، وأما الجمهور فاحتجوا بالحديث المتقدم «انه صلى الله عليه وآله وسلم لم يسعر حيث سئل عن ذلك قال ان الله يخفض ويرفع» هذا وأما صفة ذلك عند من جوزه فقال ابن حبيب ينبغي للامام ان يجمع وجوه أهل ذلك السوق سوق ذلك الشي وغيرهم استظهاراً على صدقهم فيسألهم كيف يبيعون وكيف يشترون ثم ينازلهم الى ما فيه لهم وللعامة سداداً ، قال ولا يجبرون على التسعير ولكن عن رضا قلب اما اذا امتنع الناس عن بيع ما يجب بيعه فانهم يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه بلا ريب ، ومن منع التسعير مطلقاً محتجاً بقوله ان الله هو المسعر الحديث فقد غلط ، فان هذه قضيته معينة ليست لفظاً عاماً وليس فيها ان أحداً امتنع من البيع لما يجب عليه بيعه أو عمل بحب عليه أو طلب في ذلك أكثر من عوض المثل ، فأما من تعين عليه ان يبيع فكان النبي صلى الله عليه وآله وسلم يقدر له الثمن الذي يبيع به ويسعر عليه كما في الصحيحين عنه صلى الله عليه وآله وسلم انه قال من اعتق شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط فاعطا شركائه حصتهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق» فهذا لما وجب عليه ان يملك شريكه المعتق نصيبه الذي لم يعتقه لتكميل الحرية في العبد قدر عوضه بان يقوم جميع العبد قيمة عدل ويعطى قسطه من القيمة فان حق الشريك في نصف القيمة أو في قيمة النصف عند جماهير العلماء ، كمالك وأبي حنيفة ، فهذا الذي أمر به النبي صلى الله عليه وآله وسلم من تقويم العبد بقيمة المثل حقيقة هو التسعير وما احتاج الناس اليه عامة ، فالحق فيه لله تعالى ، ولهذا يجعل العلماء هذه حقوقاً لله وحدوداً لله تعالى ، بخلاف حقوق الادميين وجدودهم ولهذا قال الفقهاء اذا اضطر الى أكل طعام الغير كان عليه بذله له بثمن المثل فيجب الفرق بين من يجب عليه ان يبيع ومن ليس عليه ان يبيع ، ونظير هذا صاحب الخان والحمام اذا احتاج الناس الى الانتفاع بذلك فانه لو امتنع من ادخال الناس الا بما يشاء وهم محتاجون لم يمكن من ذلك ، والزم ببذل ذلك بالأجرة التي يستأجر بها المثل ، واذا كانت حاجة الناس لا تنتفع الا بالتسعير سعر عليهم سعر عدل لا وكس ولا شطط ، وقال أصحاب أبي

صلى الله عليه وآله وسلم فقالوا يا رسول الله سعر لنا فقال ان الله هو المسعر القابض الباسط الرزاق واني لارجو ان القى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال احمد وأبو داود والترمذي وابن ماجة والدارمي والبزار وأبو يعلى من حديث أنس واسناده على شرط مسلم وقد صححه ابن حبان والترمذي ولاحمد وأبي داود من حديث ابي هريرة ان رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وآله وسلم سعر يا رسول الله فقال بل أدعو الله وجاء آخر فطلب مثله فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بل الله يخفض ويرفع وفي الباب عند أبي ماجة والبزار والطبراني في الاوسط من حديث ابي سعيد نحو حديث انس باسناد حسن وللبزار من حديث علي نحوه وعن ابن عباس في الصغير للطبراني وعن أبي جحيفة في الكبير وجازف ابن الجوزي فاخرجه في الموضوعات من حديث علي وشواهده ما سمعت . وأما ان التسعير لا يحرم الا ﴿ في القوتين ﴾ فقط دون ساير ما يتناوله الناس كالسمن واللحم فتخصيص بلا مخصص الا النظر [١] بالمصلحة المرسلة بل الملغاة لانه اذا امتنع في القوتين مع انهما الضروريان ففي الاستحسانيات والشهوانيات اجدر .

﴿ و ﴾ يحرم ﴿ **التفريق بين ذوي الارحام المحارم في الملك** ﴾ [٢] أما بين الام وولدها فلحديث علي عليه السلام انه فرق بين جاريه وولدها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ورد البيع أبو داود والحاكم وصححه الا ان ابا داود أعله بالانقطاع بين علي والراوي

= حنيفة لا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس الا اذا تعلق به حق فيه ضرر العامة فاذا رفع الى القاضي أمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله على اعتبار السعر في ذلك ونهاه عن الاحتكار فان رفع اليه التاجر ثانياً حبسه وعزره على مقتضى رأيه زجراً له ودفعاً لضرره عن الناس ، فان أرباب الطعام يتعدون ويتجاوزون القيمة تعدياً فاحشاً ، وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير سعر حـ بمشورة أهل الرأي والبصيرة واذا تعدا أحد بعد ما فعل ذلك أجبره القاضي .

(١) قوله : ففي ما تقدم الا النظر بالمصلحة ، أقول : قال في الغيث فان قلت ما الوجه في صحة التسعير فيما دونهما ؟ قلت اصطلح الايمة المتأخرون في تقرير سعر ما عدا القوتين في بعض الاحيان كاللحم والسمن رعاية لمصلحة الناس ودفع الضرر عنهم ، وقال شارح الاثمار ان التسعير في غير القوتين لعله اتفاق ، قلت وما اختاره الشارح من المنع قد اختاره في المنار أيضاً ، وسبق عن فوائد ابن تيمية ما يعرف به الصواب .

(٢) قال : في الملك ، أقول : قال المصنف في الغيث وانما قلنا في الملك احتراز من التفريق بالعتق أو بالجهات فانه يجوز ان يعتق أحدهما دون الآخر وان أحدهما في جهة دون الآخر .

عنه ميمون [١] بن أبي شبيب لانه لم يدرك علياً لكنه رجحه البيهقي بشواهد له منها حديث أبي أيوب عند أحمد والترمذي وحسنه والدار قطني والحاكم وصححه بلفظ من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيمة الا ان في اسناده حُيَيٌّ [٢] بن عبدالله المغافري مختلف فيه لكنه قال يحيى وغيره ليس به بأس وله طريق أخرى عند البيهقي غير متصلة وله طريق ثالثة عند الدارمي ، ومنها حديث عبادة بن الصامت بلفظ لا يفرق بين الأم وولدها قيل الى متى قال حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية كما قال المصنف [٣] **﴿ حتى يبلغ الصغير وان رضي الكبير ﴾** [٤] عند الدار قطني والحاكم الا ان فيه عبدالله بن عمر الواقفي تفرد به وقد رماه ابن المديني بالكذب لكن يستأنس للتفريق بعد بلوغ الصغير بما في حديث سلمة بن الاكوع عند مسلم خرجنا مع أبي بكر فغزونا فزارة فاصبنا في السبي امرأة ومعها ابنة لها من أحسن العرب فنفلني [٥] أبو بكر ابنتها وان كان موقوفاً وللنهي عن التفريق بين الوالد وولده شواهد ضعيفه ، وأما غيرهما فجوزه الامام يحيى والشافعي لنا القياس بجامع الرحم ، قالوا الفرق بين الام وغيرها ظاهر .

---

(١) **قوله** : ميمون بن أبي شبيب ، أقول : في التقريب ميمون بن أبي شبيب الربعي أبو نصر الكوفي صدوق كثير الارسال .

(٢) **قوله** : حُيَيٌّ ، في التقريب حيي بضم أوله ويا ين من تحت الاولى مفتوحة بن عبدالله بن شريح المغافري المصري صدوق يهم .

(٣) **قوله** : كما قال المصنف ، أقول : كان يتعين على الشارح تأخير قول المصنف وان رضي الكبير عن قوله أخرجه الدار قطني لأنه أوهم ان قوله وان رضي الكبير من جملة لفظ حديث عبادة ، وليس كذلك قطعاً ، وأما قول المصنف حتى يبلغ الصغير فقد شمل ما في حديث عبادة من قوله حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية اذ الكل يصدق عليه بلوغ الصغير .

(٤) **قال** : وان رضي الكبير ، أقول : اشارة الى الرد على مذهب ابراهيم النخعي وغيره فانه أخرج الترمذي ان ابراهيم فرق بين والدة وولدها في البيع فقيل له في ذلك فقال اني استأذنتها فرضيت ، ومعلوم انه لا يكون الرضا معتبراً الا من الكبير ، ثم الحديث في التفريق بين الوالدة والولد فالحاق غيرهما من الاقارب بعيد لمكان شفقة الامهات ، نعم ورد حديث علي رضي الله عنه في الاخوين كما في الترمذي .

(٥) **قوله** : فنفلني ابو بكر ابنتها ، أقول : قال الحافظ بن حجر بوب له أبو داود باب التفريق بين المدركات قلت وليس من الحديث دليل على ان البنت مكلفة كما قاله الشارح وقول الى داود لا يدل عليه ايضاً فينظر .

قلت لو صح حديث عباده لا يصح القياس الا بما الغاية فيه الى ان العلة حاجة الصغير وهو محتاج الى أمه وأبيه وأهله لكن لم يصح [١] ﴿ و ﴾ يحرم ﴿ **النجش** ﴾ [٢] لما عند الشيخين وغيرهما من حديث ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن النجش زاد الموطأ قال والنجش ان تعطيه بسلعة أكثر من ثمنها وليس في نفسه اشتراوها فيقتدي بك غيرك ، وهو عند الجماعة من حديث أبي هريرة بلفظ لا تناجشوا وعند الترمذي من حديث ابن عباس ، وقال حسن صحيح ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لا تستقبلوا السوق ولا تحفلوا ولا ينفق بعضكم لبعض ﴿ و ﴾ يحرم ﴿ **السوم** [٣] **على السوم و** ﴾ هو [٤] ﴿ **البيع على**

---

(١) **قوله** : لكن لم يصح ، أقول : في الغيث ان قلت ان عمومه يقتضي ان لا فرق بين الصغير والكبير قلت لعله خصه الاجماع في الكبير كما خص العتق ، فان التفريق به جايز اجماعاً .

(٢) **قال** : والنجش ، أقول : قال ابن دقيق العيد اختلف في اشتقاق اللفظة فقيل انها مأخوذة من معنى الاثارة كان الناجش يثير وهمة من سمعه للزيادة كأنه مأخوذ من اثارة الوحش من مكان الى مكان ، وقيل أصل اللفظة مدح الشيء واطراوه وفي الغيث عن الشفاء قريب من هذا الا ان هذا اولى لأنه جعله مأخوذاً من الاثارة بمعنى التنفير ثم قال ابن دقيق العيد ولا شك ان هذا الفعل حرام لما فيه من الخديعة ، قال بعض الفقهاء البيع باطل ، وقال الشافعي البيع صحيح وأما اثبات الخيار للمشترى الذي غر با لنجش فان لم يكن النجش عن مواطاه فلا خيار عند اصحاب الشافعي وفي الغيث ان البيع صحيح عند أهل المذهب لان النهي لا لعينه فأشبه البيع عند النداء .

(٣) **قال** : والسوم على السوم ، أقول : لم يقيده بسوم المسلم على المسلم كما قيدته بذلك الاحاديث الثلاثة التي أتى بها الشارح ، ولا وجه لاسقاط ما اعتبره اللفظ النبوي وقد أخذ منه الأوزاعي أنه يجوز السوم على سوم الذمى .

(٤) **قوله** : وهو البيع على البيع ، أقول : في شرح العمدة انه فسر البيع على البيع في مذهب الشافعي بان يشتري شيئاً فيدعوه غيره الى الفسخ لبيعه خيراً منه بأرخص وفي معناه الشراء على الشراء ، وهو ان يدعو البايع الى الفسخ ليشتريه منه بأكثر وهاتان الصورتان انما يتصوران اذا كان المبيع في حالت الجواز وقبل اللزوم ، ثم قال ومن الفقهاء من فسر البيع بالبيع بالسوم على السوم ، وهو ان يأخذ شيئاً ليشتريه فيقول له انسان رده لابيع منك خيراً منه وأرخص ، أو يقول لصاحبه استرده لاشتريه منك بأكثر واذا عرفت هذا فالشارح حمله على التفسير الآخر ولكنه غير مراد المصنف فانهما مسألتان عنده قيد أحداهما بقوله بعد التراضي وهو قيد للسوم على السوم لا للبيع على البيع لأنه لا بيع الا بعد التراضي وقد أحسن الاثمار بتقديم القيد حيث قال والسوم على السوم بعد التراضي ، قال شارحه انما قدمه لئلا يتوهم ان

البيع ﴾ أيضاً وانما سمى السوم بيعاً لانه يؤل الى البيع والامران عند الجماعة كلهم من حديث ابن عمر بلفظ «لا يبع بعضكم على بيع بعض» زاد النسائي حتى يبتاع او يذر وهو كذلك عندهم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وفي رواية ولا يسم الرجل على سوم اخيه ، وفي أخرى ولا يزيدن على بيع اخيه كلها للشيخين ، وهو عند مسلم من حديث عقبه بن عامر بلفظ لا يحل للمؤمن ان يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر . وأما انه لا يحرم الا ﴿ **بعد التراضي** ﴾ فلا دليل عليه ولا يستقيم هنا وان استقام في خطبة النكاح لان السوم انما هو قبل التراضي ﴿ **و** ﴾ أما أدلة تحريم ﴿ **سلم** ﴾ وبيع ﴿ **أو سلف و بيع** ﴾ فقد تقدمت ،والكلام على ذلك ، والمصنف خبط وخلط في باب مناهي البيوع ما نهى فيه عن البيع وما نهى فيه عن أمر غير البيع مقارن له ، والفقيه من حيث هو فقيه لا بحث له في افعال المعاملات من حيث تحريمها بل من حيث تصحيحها وافسادها فمثل الاحتكار والنجش والسوم على السوم البحث فيهما من حيث الديانة لا من حيث المعاملة لانهما [1] لا يفسدان في انفسهما

= اعتبار التراضي راجع الى المسألتين وليس كذلك اذ البيع انما يكون بيعاً بعد التراضي . والشارح لما حمل عبارة المصنف على غير مراده جعل السوم مجازاً واعترض قوله بعد التراضي ، وعبارة المصنف سالمة عن ذلك كله مفيدة لمسألتين الاولى السوم على السوم ، ومثله في النهاية لابن الاثير المنهي عنه ان يتساوم المتبايعان في السلعة ويتقاربا فيجي رجل آخر يريد ان يشتري تلك السلعة ويخرجها من يد المشتري الاول بزيادة على ما استقر الامر عليه بين المتساومين ورضيا به قبل الانعقاد فذلك ممنوع عند المقارنة لما فيه من الافساد ، ثم قال في مسألة البيع على البيع وفيه لا يبع احدكم على بيع اخيه ، فيه قولان احدهما اذا كان المتعاقدان في مجلس العقد فطلب طالب السلعة بأكثر من الثمن ليرغب البايع في فسخ العقد وهو محرم لانه اضرار بالغير والثاني ان يرغب المشتري في الفسخ بعرض سلعة أجود منها بمثل ثمنها أو مثلها بدون ذلك الثمن . وقد طولنا هنا لان المراد بيان اختلاف المسألتين وصحة كلام المصنف واختلال كلام الشارح .

(١) **قوله** : لا يفسدان في انفسهما ، أقول : في نهاية المجتهد ان فقهاء الامصار على ان هذا البيع الذي وقع فيه السوم على السوم يكره وان وقع مضي البيع لانه سوم بيع لم يتم ، وقال داود واصحابه ان وقع فسخ في أي حالة وقع تمسكاً بالعموم ، وقال في بيع النجش انه فاسد ، واعلم ان المصنف ترك من المناهي المنصوصة كثيراً كبيع الحاضر للبادي فانه ضم في الحديث الى النجش ، وتلقى الركبان وما كان يحسن افراده عن أخويه في الحديث وقد ضمه معهما صاحب التذكرة وغيره في الفصل المعقود للمناهي قال في نهاية المجتهد وأما نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الحاضر للبادي فاختلف في معنى ذلك

بالنهي ولا يفسدان غيرهما لان الصحة والفساد انما يتعلقان بالاوامر في الديانات وبالعقود في المعاملات فكل نهي لا يرجع الى مطلوب شرعي أو عقد لا يقتضي الفساد ، وان اقتضى التحريم فوظيفة الفقية انما هي البحث عن الأمرين من حيث صحتهما أو فسادهما ﴿ و ﴾ مما لا يعنيه التعرض لتحريم ﴿ **ربح ما يشتري بنقد غصب** ﴾ اما اولا فلأن حقه ان يذكر في الغصب ، واما ثانياً فلأن الكلام في مناهي البيوع وليس منها ثم قد خالف [١] في ذلك المؤيد والامام يحيى وغيرهما لحديث [٢] الخراج بالضمان سيأتي ، وانما أجاب المصنف بالقياس على

= قال مالك لا يبع أهل الحضر لاهل البادية قولاً واحداً ، واختلف عنه في شراء الحضري للبدوي فمرة اجازه ومرة منعه ، وقال ابو حنيفة وأصحابه لا بأس ان يبيع الحاضر للبادي ويخبره بالسعر والذي منعوه اتفقوا على ان القصد بهذا النهي ارفاق أهل الحضر لان الاشياء عند أهل البادية ايسر وأرخص ، بل قد يكون اكثرها عندهم مجاناً بغير ثمن فكأنهم كرهو ان ينصح الحضري البدوي قال وهذا مناقض لقوله صلى الله عليه وآله وسلم «الدين النصيحة» وبهذا تمسك أبو حنيفة في جوازه وحجة الجمهور حديث جابر لا يبع حاضر لباد ذرو الناس يرزق الله بعضهم من بعض «وهذه الزيادة انفرد بها أبو حنيفة فيما أحسب والا شبه ان يكون من باب غبن البدوي لانه يرد والسعر مجهول عنده الا ان تثبت هذه الزيادة ، ويكون معنى الحديث النهي عن تلقي الركبان كما أوله الشافعي . كلامه باختصار والمصنف حذف ذلك من المختصر وشرحه الغيث وتابعه حفيده في الاثمار على اهماله وبه تعرف ان المسائل التي ذكرها المصنف ما يتعلق بالصحة وعدمها فلا يتم اعتراض الشارح في كل ذلك المذكور .

(١) **قوله** : ثم قد خالف في ذلك المؤيد والامام يحيى وغيرهما ، أقول : لا يضر المصنف ذلك ولا يقتضي ان لا يذكر المسألة لانه بصدد الكلام على المذهب ، واعلم ان في ربح المال المغصوب للعلماء ثلاثة أقوال الاول للشافعي الربح كله للمالك وهو ظاهر مذهب ابن حنبل ، والثاني لمالك وأبي حنيفة انه للغاصب كله ، قالوا ومثله لو أودعه مالاً فأتجر فيه فربحه له دون مالكه وضمانة عليه ، الثالث انهما شريكان أي الغاصب والمالك في الربح وهو رواية عن ابن حنبل واختاره ابن تيمية ، قال ابن القيم وهو أصح الاقوال . قلت الا انها أقوال عارية عن الاستدلال ولعله يأتي التحقيق في بحث كتاب الغصب .

(٢) **قوله** : لحديث الخراج بالضمان ، أقول : هذا دليل المؤيد والامام يحيى قال في النهاية يريد بالخراج ما يحصل من غلة العين المبتاعة عبداً كان أو أمة أو ملكاً وذلك ان يشتريه فيستغله زماناً ثم يعثر منه على عيب قديم لم يطلعه البايع عليه أو لم يعرفه فله رد العين المبيعة وأخذ الثمن ويكون للمشتري ما أستغله لان المبيع لو كان تلف في يده فكان في ضمانه ولم يكن له على البايع شيء والباقي بالضمان معلقة

شاة الاساري وسيأتي تحقيق ذلك كله ان شاء الله تعالى ، ولو قال [١] وربح ما لم يضمن لكان اولى ليشمل ربح المبيع قبل قبضه اذ لا يضمنه المشتري قبل القبض ، ولهذا يتلف من مال البايع لكن ذلك معنى حديث النهي عن بيع ما لم يقبض كما تقدم ، وهذا ايضاً ثابت من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص عند أبي داود والنسائي وابن ماجة والترمذي وصححه بلفظ قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك وتقدم أيضاً وأخرج له البيهقي شاهدين أحدهما من حديث عتاب بن أسيد عند بعثه إلى مكة بلفظ : انههم عن بيع ما لم يقبظوا وربح ما لم يضمنوا وهو عند ابن ماجة ايضاً والآخر من حديث ابن عباس رضي الله عنه الا ان فيه يحيى بن صالح الأيلي وهو منكر الحديث لكن قد تشاهدت له مخارجه فحسن ﴿ **أو** ﴾ اشترى بمال هو من ﴿ **ثمنه** ﴾ أي ثمن الغصب الا ان هذا تكرير لان ثمن الغصب غصب وأيضاً الضمير [٢] في ثمنه للنقد ولا ثمن له لانه نفسه ثمن ﴿ **و** ﴾ يحرم ﴿ **بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لاجل النساء** ﴾ لا يخفاك ان هذه ترجمة مبهمة ينبغي تقييدها بما اختلفا جنساً وتقديراً ليصح [٣] نسبة الخلاف فيها الى زيد والمؤيد والفريقين ولئلا يلزم التكرير لما مضى من قوله وفي أحدهما اولا تقدير لهما التفاضل لا النساء ، لنا ان الربو هو الزيادة والزيادة في السعر لم يقابلها عوض الا المدة وليست مما يعاوض به فكان ذلك محض زيادة .

= بمحذوف تقديره الخراج يستحق بالضمان انتهى كلامه ، وظاهره ان الحديث خاص بالبيع لا يدخل الغصب وهو الصواب لان العين المغصوبة مضمونة على الغاصب سواء كان لها خراج أولا .

(١) **قوله** : ولو قال وربح ما لم يضمن ، أقول : وفي النهاية «نهى عن ربح ما لم يضمن» هو ان يبيعه سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها بربح فلا يصح البيع ولا يحل الربح لانها في ضمان البايع الاول وليست في ضمان الثاني فربحها وخيارها للاول قلت الا انه لا يخفى انه لو قال المصنف كذلك خرج ربح الغصب الذي أراده لانه مضمون فأعجب للتصويب المفوت للمقصود فكان الاولى ان يقول الشارح ولو زاد المصنف ربح ما لم يضمن لكان صواباً .

(٢) **قوله** : وايضاً الضمير في ثمنه ـ للنقد ـ أقول : قد فسره هو قريباً بثمن الغصب فمراد المصنف ربح ما شراه بالنقد المغصوب فليس بتكرار لكنه لا حاجة اليه .

(٣) **قوله** : فيصح نسبة الخلاف فيها الى زيد والمؤيد ، أقول : كأنه ترك التقييد للعلم بان ما اتفقا جنساً وتقديراً لا يجيز أحد فيهما النسية .

وأجيب بان الزيادة[١] انما تتحقق في مشترك فيه كما قدمناه فلا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس والتقدير ، ولأن السعر لا استقرار له كالجنس والتقدير فلا يكون اصلاً يرجع اليه لأن الرجوع انما يكون الى الأصول المستقرة المستمرة ، قلنا اكل للزيادة بالباطل ، قالوا الباطل ما لا يحصل فيه التراضي ، قلنا يلزم تحليل الربو بالرضى ، قالوا ملتزم لولا النهي ولكن خصصه النهي ، قلنا فلنقس عليه ، قالوا بلا جامع لايما الشارع فيه الى ان العلة اتفاق الجنس والتقدير وليست بموجودة هنا ﴿ **و** ﴾ يحرم ايضاً بيع الشيء ﴿ **بأقل مما اشترى به** ﴾ وهذا هو المعروف[٢] بالعينة الا ان المصنف قلب تصويرها وكان حقه ان يقال وبيع ما اشترى الى بائعه بجنس الثمن الأول وأقل منه حيلة ليستريح من قوله ﴿ **إلا من غير البائع او منه غير حيلة او بغير جنس الثمن الأول او بقدر ما انتقص من عينه و** ﴾ من ﴿ **فوائده الأصلية** ﴾ وانما[٣] حرم لأنه قرض بشرط زيادة في القضاء فهو بيع جنس بجنسه متفاضلاً

---

(١) **قوله** : بان الزيادة انما تتحقق في مشترك فيه ، أقول : اما الزيادة فثمة زيادة الا انها ليست من جنس زيادات الربو ، قال المنار ليس هناك زيادة محققة انما جعل البدل اكثر لغرض هو تأخير الثمن كما لو فعل ذلك لاستعجال في الأكل او لأي غرض من الأغراض العارضة فتخيُّل زيادة ومزيد ومساواتها لمسألة ربا النسية التي استقل فيها رأس المال وانفصل عن الربو ليس لشيء ، ثم قال وعلى الجملة فالرفع والحط في الابدال على حسب الاغراض عامة وخاصة والاجل في الثمن احد الأغراض ولو بطل لأجله البيع لبطل كل غرض فلا يبقى الا قصد البيع مجرداً ، ولا يقول هذا احد ، قلت وقد اختار مؤلف الأثمار جواز ذلك كما اختاره الشارح والمنار وهو اقرب من منعه لعدم الدليل ، ولنا رسالة جواب سؤال حققنا فيها المقال واستوفينا فيها الاستدلال.

(٢) **قوله** : هو المعروف بالعينة ، أقول : هو بكسر المهملة ثم مثناه تحتية ثم نون قال في النهاية هو ان يبيع الرجل سلعة بثمن معلوم الى اجل مسمى ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذي باعها به وسميت عينة لحصول النقد لصاحب العينة لأن العين هو المال الحاضر من النقد والمشتري انما يشتريها ليبيعها بعين حاضرة تصل اليه معجلة وفي شرح الأثمار سميت بذلك لأنه يعود الى البائع عين المبيع.

(٣) **قوله** : وانما حرم لأنه قرض ، أقول : في شرح الأثمار صورة المسألة ان يطلب المستقرض اقراض شيء واراد المقرض ان تحصل له فائدة بالقرض فيحتالان بان يبيع المقرض منه سلعة بدراهم ثم يشتريها منه بأقل مما باعها منه ويسلم الثمن الأقل للآخر ويبقى الثمن في ذمة المقترض ديناً فهذا تحيل لا يجوز لأنه توصل الى الربو فمع قصد الحيلة لا يجوز ذلك ولا يصح سواء كان البيع الثاني بجنس الثمن الأول او بغيره من البائع ام من ـ (اما اذا كان من الغير فلا ربا) ـ غيره واما اذا كان ذلك من غير قصد الحيلة فان

ونساء وذلك نفس الربو ولهذا ينحل القرض بالبيع من غير البائع او بغير جنس الثمن الأول وتذهب الزيادة في مقابلة ما استهلكه المشتري من فوائد المبيع الأصلية كصوف كان على الشاة اخذه ثم باعه من بائعها بأقل مما شراها به منه ، وقال الشافعي[١] لا تحرم لأنها نوع من بيع النساء ، لنا ﴿ قلنا ﴾ انه ورد النهي عنها من طريق ، عقد لها البيهقي باباً وساق فيه ما ورد من ذلك ومن أصح ادلتها ما اخرجه احمد والطبراني وصححه ابن القطان من طريق ابي بكر ابن عياش عن الاعمش عن عطا عن ابن عمر ، قال « اتا علينا زمان وما يرى احدنا انه احق بالدينار والدرهم من اخيه المسلم ثم اصبح الدينار والدرهم احب إلى أحدنا من اخيه المسلم سمعت رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم يقول اذا ظن الناس بالدرهم والدينار وتبايعوا بالعينة واتبعوا اذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله انزل الله بهم بلا فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم » وله طريق اخرى عند احمد وابي داود ايضاً من طريق عطا الخراساني عن نافع عن ابن عمر الا ان ابن حجر قال ان كون رجاله ثقات لا يستلزم تصحيحه كما فعل ابن القطان لأن الأعمش[٢] مدلس ولم يذكر سماعه عن عطا وعطا يحتمل ان يكون هو الخراساني كما وقع

= البيع يجوز ويصح من البائع وغيره فالعبرة بقصد الحيلة ، قلت وذلك لأنه لم يحصل مسمى البيع حقيقة وانما صوراه بصورته تحيلاً للربا وقد عدل الأثمار عن العبارة فقال وبأقل مما شرابه حيلة وحذف قوله او بغير جنس الثمن الأول الخ ، قال شارحه لأن ذلك يوهم انه يصح بغير الجنس ومن غير البائع ولو مع قصد الحيلة وليس كذلك وتابعه على تغير العبارة الفتح.

(١) **قوله** : وقال الشافعي لا يحرم ، أقول : قال الرافعي وليس من المناهي بيع العينة ، قال ابن حجر في التلخيص انه ليس عندنا من المناهي والا فقد ورد النهي عنها من طريق عقد لها البيهقي باباً في سننه ساق ما ورد من ذلك لعلله . واستنكر المنار ذلك من ابن حجر ، وقال انه من باب نصب الخلاف بين النبي وبين قول فقيه . وصدق نعم اذا كان عذر الشافعية اعلال الأحاديث الواردة وانها لم تصح كما يظهر من تصرفهم ، فذلك عذر ينجي في اللحد عن نفي ما لم يصح دليله .

فائدة : قال في شرح الأثمار ولا يصح ولا يجوز بيع الرجاء اذ هو حيلة في تحليل الربو ومن جملة ما اعتاده اهل الزمان من بيع الشيء بدون ثمنه ، ثم يقول المشتري للبائع متى رددت على مثل الثمن في مدة كذا فقد فسخت عليك البيع فهذا لا يصح ولا يملك المشتري ولو مضت المدة من دون رد الثمن على الصحيح ولا يحل للمشتري الانتفاع بالمبيع ولا بشيء من غلاته لأنه ربا ، ولو نذر عليه البائع لأن المضمر في باب الربا كالمظهر عند الهدوية وهو الصحيح .

(٢) **قوله** : لأن الأعمش مدلس ، اقول : قال الذهبي في تذكرة الحفاظ بعد ان اثنى على الأعمش وهو

في الرواية الأخرى عند ابي داود فيكون فيه تدليس[١] التسوية باسقاط نافع بين عطا وابن عمر فيرجع الى اسناد ابي داود وهو المشهور.

= سليمان بن مهران كان يسمى المصحف لصدقه ولم يذكر انه يدلس ، وقال الحافظ ابن حجر في التقريب ثقة حافظ بالقرآت لكنه يدلس قلت والذي رماه بالتدليس النسائي كما في الخلاصة.

(١) قوله : تدليس التسوية ، أقول : اقسام التدليس اربعة شرها تدليس التسوية وحقيقته ان يروي المحدث عن ثقة والثقة عن ضعيف عن ثقة فيسقط الضعيف فيستوى الاسناد كله ثقات فهذا يسمى تدليس التسوية لتسوية الاسناد بالثقات وقد رمى به سفين الثوري، قال الشارح في شرح الفصول انه لا يفعل الثقة ذلك الا بعد علمه بشواهد للحديث تجبر ضعفه المسقط له ، وبه تعرف ان حديث العينة ان لم يكن صحيحاً فهو حسن يعمل به في الاحكام والحمد لله .

باب
﴿ الخيارات هي ثلاثة عشر نوعاً ﴾[1]

(٢) باب : في الخيارات ، اقول : جمع الخيارات لتعدد اسبابه والا فهو في نفسه شيء واحد ولـذا قال الشارح جنس ، قال في غريب الجامع الخيار اسم من الاختيار وهو طلب خير الامرين ، وهو على ثلاثة اضرب ، خيار المجلس وخيار الشرط ، وخيار النقيصة هذا والمصنف عدها كما ترى وجمعه وقد افرده الأثمار وداخلها فجعل الثلاثة عشر احد عشر والشارح بنى على كلام الجامع في انها ثلاثة ، وما عداها راجع اليها.

ولا يرجع تنويعها الى امر معقول لأن الخيار جنس لا يختلف الا باختلاف متعلقه ولا ينحصر فيما ذكر وان اريد حصره باعتبار سببه فسببه منحصر في الجهل والنقص وخيار الجهل منحصر في خيار الروية والشرط ، وخيار النقص منحصر في خيار العيب ، وقد توهم ان اختلاف العبارة موجب لاختلاف النوع كما توهم ان خيار الخيانة غير خيار الغرر ، وحيث قد تصدينا لشرح كلامه فلا بد من المشي معه لذلك **فنقول** لا خلاف بين الامة في ثبوت مطلق الخيار لحديث المصراة[١] وحديث حبان ابن منقذ وحديث الخراج بالضمان سيأتي ، فكانت أصولاً يقاس عليها كما يقاس الخيار ﴿ **لتعذر تسليم المبيع** ﴾ كما في بيع المرهون رهناً مطلقاً وبيع العبد الآبق والمغصوب على المصرة ،والعيب، فان العقد على خطر من الاستقرار ، ولهذا منع المؤ يد وابو حنيفة صحته كالطير في الهوى وانما قسناه على الموقوف بجامع ان لكل من المتعاقدين ردة وذلك معنى الخيار الى ان يحصل القبض فيبطل الخيار كما يلزم العقد في الموقوف بالاجازة ﴿ **و** ﴾ هذا الخيار ﴿ **هو** ﴾ يثبت ﴿ **لهما** ﴾ اي البائع والمشتري ﴿ **في مجهول الأمد** ﴾ اي فيما جهلت فيه مدة تعذر التسليم كالمذكورات وقال الامام يحيى انما يثبت الخيار للمشتري فقط ان جهل ايضاً لا ان علم كما في الموجر ونظره المصنف.

قلت والنظر مبني على صحة قياس بيع المرهون المطلق على البيع الموقوف وهو قياس فاسد لأن رجوع احد المتعاقدين في الموقوف انما صح قبل الاجازة لأن العقد كلا عقد لأنه في الحقيقة هو الاجازة بخلاف بيع المرهون فهو عقد من اهله في محله عند غير ابي حنيفة فانعقد وانما امتنع التسليم لمانع وفرق بين عدم المقتضى ووجود المانع فالقياس قول الامام يحيى لأن ذلك في الحقيقة في خيار العيب فلا يثبت الا للمشتري مع جهله ايضاً ، وبعد هذا تعلم انما يثبت ﴿ **للمشتري الجاهل** ﴾ فقط كما ﴿ **في معلومه** ﴾ نحو بيع العبد المؤ جر والمرهون مدة معلومة اذ لو علم المشتري بالتأجير او الرهن لبطل خياره لأن ذلك يعود من الرضى بالعيب ﴿ **و** ﴾ الخيار ﴿ **لفقد صفة مشروطة** ﴾ وهذا من خيار العيب في الحقيقة فلا وجه لجعله قسماً مستقلاً اذ المشتري انما يشتري المبيع الموصوف فعدم الصفة عيب ونقصان في المبيع ﴿ **و** ﴾ يثبت الخيار ﴿ **للغرر** ﴾ على انواعه المتقدمة ﴿ **كالمصراه** ﴾ فانه يثبت الخيار

---

(١) **قوله** : حديث المصراة ، اقول: يأتي في هذا الفصل ، وحديث حبان بفتح المهملة فموحدة ومنقذ بضم الميم فنون ساكنه ، فقاف فذال معجمه ، يأتي في فصل خيار الشرط وحديث الخراج بالضمان يأتي في خيار العيب.

لمشتريها وقال ابو حنيفة[١] انما يرجع بالنقص فقط كما سيأتي له في خيار الرد بالعيب ان شاء الله تعالى ، لنا حديث انه صلىّ الله عليه وآله وسلّم قال « من اشترى مصراة فهو بالخيار فيها ثلاثة ايام فان ردها رد معها صاعاً من تمر لا سمراً مسلم من حديث ابي هريرة وعلقه البخاري من حديث ابن عمر واتفقا عليه من حديث ابي هريرة بلفظ « فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين من بعد ان يحلبها ان رضيها امسكها وان سخطها ردها وصاعاً من تمر » واما ما عند ابي داود وابن ماجة والبيهقي فان ردها رد معها مثل او مثلي لبنها قمحاً فقد ضعف بعمير بن جميع مختلف فيه قالوا محمول[٢] على انه شرط انها غير مصراة فيكون ذلك من خيار فقه الصفة

---

(١) قوله : وقال ابو حنيفة انما يرجع بالنقص فقط ، اقول: اعلم ان القصرية هي حقن اللبن اياماً حتى يوهم بذلك ان الحيوان ذو لبن غزير عيب عند مالك والشافعي لحديث « فان شاء ردها وصاعاً من تمر » قالوا فاثبت له الخيار مع الرد بالتعرية وذلك دال على كونه عيباً مؤثراً قالوا وايضاً فانه تدليس فاشبه التدليس بسائر العيوب ، قلت وستسمع كلام الحنفية في المصراة هي ايضاً المرادة بحديث ابن عباس عند الترمذي وقال حسن صحيح بلفظ « لا تستقبلوا الأسواق ولا تحفلوا بالمهملة والفاء وعند البزار عن انس نهى عن بيع المحفلات قال الترمذي في تفسر المحفلة انها المصراة لا يحلبها صاحبها اياماً ونحو ذلك ليجتمع لبنها في ضرعها فيغتر بها اذا عرفت هذا فالعلماء قد اتفقوا ان التصرية عيب للحديث الوارد ، الا عند محمد ابن الحسن فقال ليست بعيب لكنهم اختلفوا بعد ذلك في العمل بحديث التصرية ، فذهب جمهور اهل العلماء من الصحابة والتابعين وغيرهم الى العمل بالحديث وانها ترد المصراة ويجعل معها صاعاً من تمر عوضاً عن اللبن الذي استهلكه المشتري وسواء كان اللبن قليلاً او كثيراً ، وخالف في ذلك الحنفية فقالوا لا ترد بعيب التصرية ولا يجب رد صاع من تمر ، ولهم اعتذار عن الحديث ، وذهب اهل المذهب الى انه يرد بعيب التصرية ويرد لبنها ان كان باقياً فان كان قد تلف فمثله ، فان تعذر في البلد فقيمته يوم الرد في مكان الاختيار، فعملوا بالحديث في الرد وخالفوه في رد الصاع من تمر ، وقال زفر انه يخير بين رد صاع من تمر او نصف صاع من بر ، وعن ابن ابي ليلى ورواية عن مالك ورواية عن الشافعي انه لا يتعين صاع التمر بل قيمته ، وقيل يعتبر قوت البلد ، ولا يخفاك ان هذا كله خلاف الحديث كله او بعضه ، واسعد الناس بالحديث من قال به كله ، وهم الجمهور والشافعية والشارح ظهر من بحثه انه قوى كلام اهل المذهب في ان التصرية عيب.

(٢) قوله : ولأن سلم فالخبر محمول على انه شرط انها غير مصراة ، أقول: لا اصل لهذا عن الحنفية ولا يقولونه فان هؤلاء المحققين نقلوا عنهم انهم ردوا الحديث ولم يسلموا ثبوته ولا فرعوا على التسليم تاوئلا ، نعم رأيت هذا بعد ذلك عن الحنفية في فتح الباري فانه قال ومنهم من قال الحديث صحيح لا اضطراب ولا علة ولا نسخ وانما هو محمول على ما اذا اشترى شاة بشرط انها تحلب مثلاً خمسة ارطال

وادعى في حواشي الافادة الاجماع على عدم الرد من غير شرط وهو[١] جزاف لا يسمع لأنه لم يخالف في كون المصراة معيبة الا محمد ومدار احكام خيار العيب عليها عند جميع من سواه ﴿ و ﴾ مثل بيع المصراة بيع ﴿ **صبرة علم قدرها البيع فقط** ﴾ فانه يثبت الخيار للمشتري على التفصيل الذي تقدم في الصبرة والكلام الذي اوردناه عليه ، واما البائع فلا خيار له . وقال المصنف[٢] بل يثبت للبائع اذا جهل لأن مناط ثبوت الخيار هو الجهل ، قال ولا يجدون الى

= وشرط فيها الخيار فالشرط فاسد فان اتفقا على اسقاطه في مدة الخيار صح العقد وان لم يتفقا بطل ووجب رد الصاع من التمر لأنه كان قيمة اللبن يومئذ ، وتعقب بأن الحديث ظاهر في تعليق الحكم بالتصرية ، وما ذكره هذا القائل يقتضي تعليقه بفساد الشرط سواء وجدت التصرية ام لا فهو تأويل ضعيف وايضاً فلفظ الحديث لفظ عموم وما ادعوه على تسليمه فرد من افراد ذلك العموم فيحتاج من ادعى قصر العموم على ذلك الى الدليل عليه .

(١) **قوله** : وهو جزاف لا يسمع ، أقول: هو كما قال ، بل هو رد للحديث ، قال في المنار على خلاف محمد ودعواه ان التصرية ليست بعيب ما لفظه ، هذا الغاء لأحاديث المصراة الناصة على حكمها فان كان غفلة عن الحديث فما ابعد غفلة مثلهم عن مثله ، وان كان تقديماً للرأي والقياس على النصوص فهو الظاهر لكنه بعيد جداً اذ هو تقديم للقياس على النص ، ولو كان ظاهراً كالعموم لكان اهون .

(٢) **قوله** : قال المصنف بل يثبت للبائع اذا جهل ، اقول: اي جهل قدر الصبرة ، قال الشارح فيما تقدم ان قول المصنف الحق ، بل قال ان الحق انه لا خيار في بيع الخطر كله ، قال لحصول الرضى بالخطر كالرضى بالعيب كما تقدم.

قوله : يخالف الأصول ، اقول: هذا منازع فيه اعني رد خبر الواحد بمخالفات الأصول وذلك ان خبر الواحد اصل برأسه يجب اعتباره لأن الذي اوجب علينا اعتبار الأصول نص صاحب الشرع عليها وهو موجود في خبر الواحد فيجب اعتباره ماله الى دقيق العيد واعلم ان لفظ عبارة ابن دقيق العيد في شرح العمدة والحافظ ابن حجر في الفتح نقلاً عن الحنفية انهم قالوا انه مخالف لقياس الأصول المعلومة من وجوه الأول ان المعلوم من الأصول ان ضمان المثليات بالمثل الى اخر كلامهم ثم أجاب ابن دقيق العيد ونقله في الفتح ان التوقف في خبر الواحد انما هو في مخالفة الأصول لا في مخالفة قياس الأصول وهذا الخبر انما خالف قياس الأصول بدليل ان الأصول الكتاب والسنة والاجماع والقياس والكتاب

= والسنة في الحقيقة هما الأصل والآخران مردودان اليهما ، فالسنة اصل والقياس فرع فكيف يرد الاصل بالفرع ، بل الحديث صحيح اصل بنفسه فكيف يقال ان الأصل مخالف لنفسه ؟ فعرفت ان الشارح اسقط لفظة قياس ومكان القياس ، نعم قد رد الحنفية على هذا الايراد ان خبر الاحاد مظنون ، وقياس الاصول المعلومة مقطوع ، والمظنون لا يعارض المقطوع ، واجاب ابن دقيق العيد بان تناول الأصل لمحل خبر الواحد غير مقطوع به لجواز استثنى محل الخبر عن ذلك الأصل.

قوله : من وجوه احدها ، اقول : اعلم ان الحنفية قالوا انه خالف الحديث قياس الأصول من وجوه ثمانية نقلها ابن دقيق العيد وابن حجر في الفتح وردها ابن دقيق العيد وابن حجر والشارح اشار الى وجهين من الثمانية كون المثلى ضمن بغير مثله وكونه رد المعيب بعد نقصه يوضح هذا الوجه وزيادة ما في النهاية عنهم قالوا انه معارض لقوله صلىّ الله عليه وآله وسلّم الخراج بالضمان « وهو حديث متفق عليه قلت اخرجه اهل السنن ومنها ان فيه معاوضة بيع الطعام بالطعام نسية وذلك لا يجوز باتفاق ، ومنها ان الأصل في قيمة المتلفات اما القيمة واما المثل واعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلاً ، قلت لأن المثل لبن والقيمة تكون احد النقدين قال ومنها بيع الطعام المجهول اي الجزاف بالمكيل المعلوم لأن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر وايضاً فانه يقل ويكثر والعوض هنا محدود ، قال صاحب النهاية رداً عليهم ولكن الواجب ان يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث.

قوله : وثانيها رد المعيب بعد نقصه ، اقول : بسط هذا انهم قالوا ان كان اللبن التآلف موجوداً عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه من اصل الخلقة وذلك مانع من الرد كما لو ذهب بعض اعظاء المبيع ثم ظهر على عيب فانه يمتنع الرد وان كان هذا اللبن حادثاً بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمنه ، وان كان مختلطاً فما كان موجوداً منه عند العقد منع الرد وما كان حادثاً لم يجب ضمانة قاله ابن دقيق العيد ثم سرد لهم وجوهاً ثمانيةمنها الوجهان اللذان ذكرهما الشارح وذكر الأجوبة عنها اجمع جملة وتفصيلاً ولنذكر الاجوبة التي ذكرها عن هذه الأوجه التي ذكرها الشارح دون ما لم يذكر ، قال اما الاعتراض الأول فلا نسلم ان جميع الأصول يقتضي الضمان باحد الأمرين على ما ذكرتموه ، فان الحر يضمن بالابل وليست مثلاً له ولا قيمة والجنين يضمن بالغرة وليست مثلا له ولا قيمة وايضاً فقد يضمن المثلى بالقيمة اذا تعذرت المماثلة وها هنا تعذرت فان من اتلف شاة لبوناً كان عليه قيمتها مع اللبن ولا يجعل بازا لبنها لبناً آخر لتعذر المماثلة ، واما الثاني وهو انما تعذرت المماثلة هنا فلأن ما يرده من اللبن عوضاً عن اللبن التآلف لا يتحقق مماثلته له في المقدار، ويجوز ان يكون اكثر من اللبن الموجود حالة العقد ، او أقل ، واما الاعتراض الثاني فجوابه ان يقال متى يمتنع الرد بالنقص اذا

الفرق سبيلاً ، وقد تقدم الكلام على ذلك في الصبر ﴿ **و** ﴾ ويثبت الخيار ﴿ **للخيانة** ﴾ الواقعة من البائع ﴿ **في المرابحة و** ﴾ للخيانة في ﴿ **التولية** ﴾ نحو ان يقول رأس مالي كذا وهو اقل وسيأتي تحقيق ذلك ان شاء الله تعالى الا انه لا وجه لعد خيار الخيانة خيارين لأن تعدد المحل لا يوجب تعدد الحال على ان خيار الخيانة من خيار الغرر فليس هناك الا التطويل ﴿ **و** ﴾ يثبت الخيار ﴿ **لجهل قدر الثمن او المبيع** ﴾ نحو ان يشتري منه على ما باع من الناس فهذا كبيع الغائب الخيار فيه من خيار الروية فكان حقه ان يذكر فيها لا ان يجعل نوعاً مستقلاً ، ولو فسرناه بمثال الصبرة الموصوفة لكان من خيار الغرر فكان تكريراً للمثال لا نوعاً آخر ايضاً ، وأما قوله ﴿ **او** ﴾ خيار ﴿ **تعيينه** ﴾ نحو ان يشتري واحداً غير معين من ثياب او نحوها فقد عرفت انه لا يصح ذلك الا مع شرط الخيار وذلك من خيار الشرط فلا وجه لجعله خياراً مستقلاً اذ البيع على تلك الصورة كالأمر بخصال الكفارة متعلق بكل واحد على ان الخيار في فعله او تركه وفعل بدله واظهر من ذلك ما لو قال اشتريت منك هذه الثياب ولي الخيار في اخذ ما أردت منها وفي رده لظهور تعلق البيع والخيار بكل واحد ﴿ **وهذه** ﴾ الخيارات الثمانية ﴿ **على التراخي** ﴾ **قال المصنف لأنها**[1] في الحقيقة ثابتة لظهور خلل ونقصان

= كان النقص لاستعلام العيب او اذا لم يكن الأول ممنوع والثاني مسلم وهذا النقص لاستعلام العيب ولا يمتنع الرد به .

قوله : ثالثها ، اقول : تتبعت الفاظ حديث ابي هريرة فرأيت هذا اللفظ في التلخيص وعزاه الى مسلم بلفظ لا تصروا الابل والغنم للبيع فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين من بعد ان يحلبها ، فقوله بعد ذلك واضح ان المراد من بعد ان صراها بائعها ولا يحتمل سواه فانه لا تقدم لعلم البائع ، فهذا الوجه الذي ذكره الشارح غير صحيح ، ولذا لم يذكره ابن دقيق العيد من وجوه الطعن مع استيفائه لها ، ولا ابن رشد في النهاية وقد صرح الاثمار انه ان شراها بعد علمه بالتصرية فلا خيار .

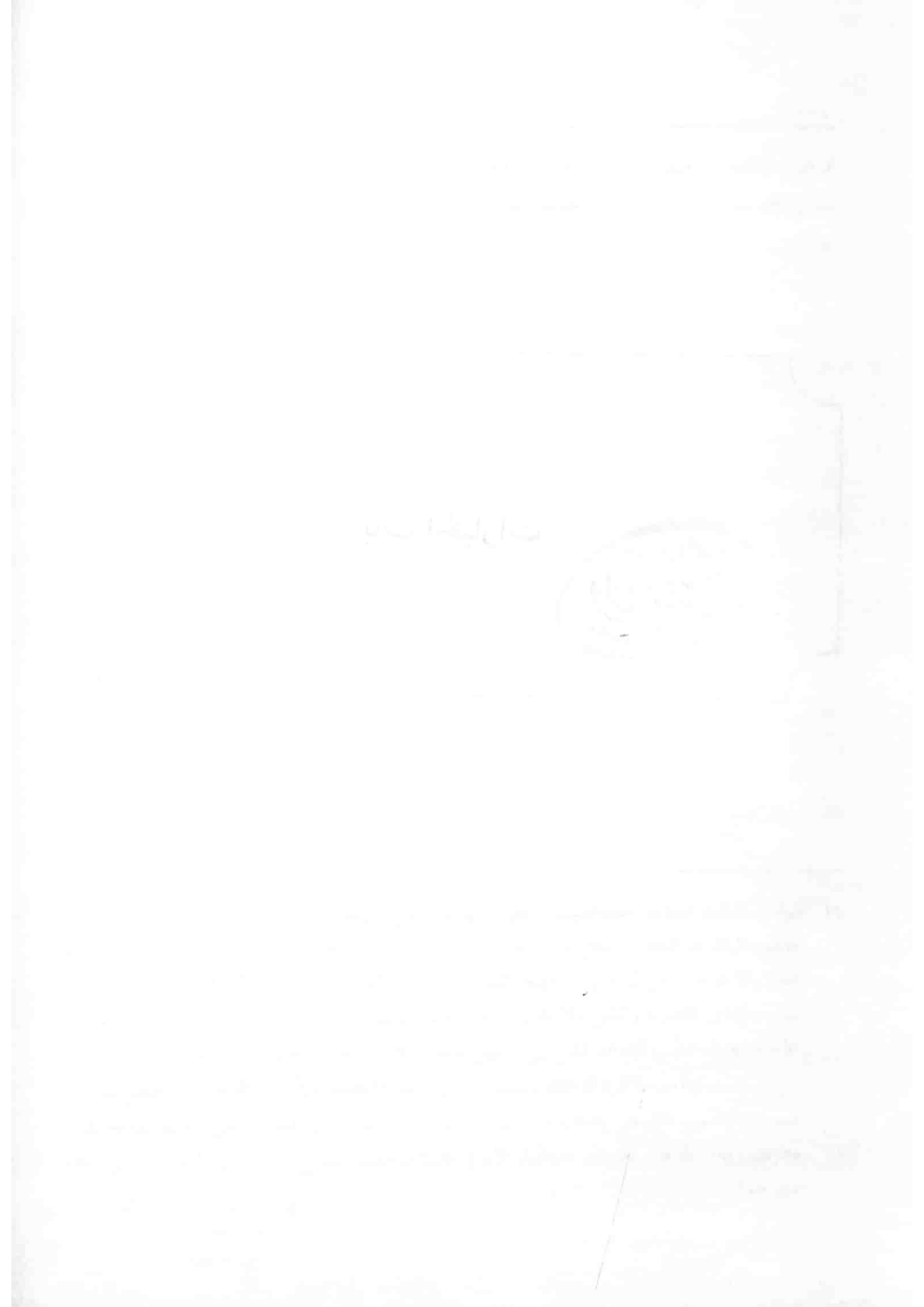
(١) **قوله** : قال المصنف لأنها في الحقيقة الخ ، اقول : هذا ليس لفظه في الغيث ولا في البحر بل لفظ الغيث ، واعلم ان ما كان من الخيارات لأجل النقص فانه على التراخي ويورث ، نصوا على ذلك في خيار العيب ، والشيخ علي خليل في خيار فقد الصفة، واما خيار فقد تعذر التسليم وخيار الغرر والخيانة فمقيسة على ذلك لأنها من باب النقص وقد تكلم على ذلك متأخروا المذاكرين اعني ما كان من باب النقص فهو على التراخي ويورث ، واما خيار جهل قدر الثمن والمبيع فقيل قد قيل انهما يورثان وفيه نظر ، وقيل لا يورثان والأول عندي هو الأقرب وهو الذي في الأزهار ووجهه ان فيه شائبة النقص وشائبة التروي لكنها الى شائبة النقص اقرب .

غرض فالخيار[١] فيها من خيار العيب وهو عند غير الشافعي رضي الله عنه على التراخي كما سيأتي ان شاء الله تعالى ما لم يحدث مانع من موانع الرد الآتية ان شاء الله تعالى.

---

(١) **قوله** : فالخيار فيها من خيارالعيب ، اقول: يلزمه جعل الثمانية قسماً واحداً وهو خيار العيب ، ثم غير خاف عليك ان الشارع جعل خيار المصراة ثلاثاً وكذلك جعل لحبان ابن منقذ حيث يغبن ثلاثاً ان تم ذلك والا ففيه ما يأتي لنا قريباً ، فهجر التحديد النبوي لا وجه له بل هو الغآلة والواجب اعتباره حيث نص عليه في المصراة والغبن ولا يقال ان هذا عمل بمفهوم العدد لأنا نقول بل هو عمل بالاصل اذ الأصل نفوذه عقيب التعاقد لكن ورد النص بالخيار ثلاثاً فاقتصرنا عليها ، واما ما لم يرد فيه تحديد شرعي وثبت فيه صحة الرد فالحاقه بالمنصوص كما قالته الشافعية بعيدٌ واطلاقه اقرب ، فاهل المذهب هجروا التحديد الشرعي بالكلية والشافعية الحقوا به ما لم يرد في تحديده نص، فابعدوا وساروا مشرقين واهل المذهب مغربين ، وخيار الأمور تحديد ما حدده الشارع ، واطلاق ما اطلقه ويأتي زيادة على هذا.

باب الخيارات



قلت اما خيار جهل المبيع او الثمن فقد عرفناك [١] رجوعه الى خيار الرؤية وهو فوري ولا يورث ، وكذا عرفناك رجوع خيار التعيين الى خيار الشروط وهو فوري ولا يورث ايضاً ﴿ **و** ﴾ اذا مات من له هذه الخيارات قبل ابطالها فانها ﴿ **تورث** ﴾ عنه لانها من خيار العيب وهو يورث لما سيأتي تحقيقه من الفرق بينه وبين خيار الرؤية والشرط ، واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ من خيار التعيين قال لأنه كخيار الاجازة والعقد فيه موقوف ، وسيأتي انه لا يورث ، وقد عرفناك انه من خيار الشرط وهو لا يوجب وقف العقد ، ولهذا يتلف من مال المشتري اذ انفرد به ﴿ **ويكلف** ﴾ المشتري ووارثه ﴿ **التعيين بعد** ﴾ مضي ﴿ **المدة** ﴾ المضروبة لخيار التعيين لأنه بمضي مدة الخيار انبرم العقد في مبهم لكن هذا انما يحتاج اليه في المثال الاول من مثالية لأن [٢] العقد في الثاني انطوى على الكل فلزم بمضي المدة ﴿ **و** ﴾ يثبت الخيار ﴿ **لغبن صبي او متصرف عن الغير** ﴾ وكيل او ولي او شريك فيما له ولاية فيه او عبد مأذون لكن لا يثبت الخيار بالغبن الا اذا غبن غبناً ﴿ **فاحشاً** ﴾ قيل وهو [٣] مقدار نصف

---

(١) **قوله** : فقد عرفناك رجوعه الى خيار الرؤية ، اقول : اقاس المصنف ذلك في الغيث والبحر على خيار العيب كما سمعت آنفاً من كلام الغيث وفي المنار الا وجه قياسه على خيار الرؤية لان الصورة المجتمعةمن الثمن والمبيع غائبةعنه فاذاتميزت ادرك حقيقتها،واماالعيب فبينهما فرق جلي وهو ان العيب نقص مستمر يأباه كل احد ، واما قدر الثمن والمبيع فليس بمخالف للعوض على الاطلاق بل ربما ان الموافقة اكثر من المخالفة ، وفرق بين ما يرد مستمراً وما يرد في حال دون حال ، واما المرىء فمساو لهذا في ذلك . فقد اتفق الشارح والمنار على ان خيار جهل الثمن او المبيع من خيار الرؤية الا ان المنار جعله منها قياساً ، وآخر كلامه انه مساو لها والشارح جعله منها .

(٢) **قوله** : لأن العقد في الثاني انطوى الخ ، اقول : في شرح الاثمار اما المثال الثاني فالتحقيق انه ليس من صور تعيين المبيع اذا المبيع معين وهو جملة الثياب ، وانما هي من باب خيار الشرط في بعض المبيع وذلك لا يكون له بعد مضي المدة ان يختار ما شاء ويرد ما شاء بل يلزم الجميع بخلاف ما اذا كان المبيع واحد لا بعينه كما تقدم ونسبه الى مؤلف الاثمار وهو كما قال الشارح .

(٣) **قوله** : وهو مقدار نصف العشر الخ ، اقول : فيه اقوال خمسة هذان او ما اجمع على انه غبن او ما فوق الثلث أو ما خرج عن تقويم المقومين ، قال المصنف في البحر وهو قوي اذ لا دليل على تعيين القدر ، واختاره المنار ، وجزم به في الفتح ، ان قلت فان اختلف التقويم قلت قال شارح الاثمار يؤخذ بالوسط من الثلاثة والاقل من الاثنين اذ هو المتيقن ، وبالاقل من المتوسطين في الاربعة ، قلت واعلم ان هذه التقادير ان اريد انه يحكم بها على المغبون ويمضي عليه البيع او الشراء وان كره فلا دليل

العشر ، وقيل العشر ، وانما يثبت الخيار لأن صحة تصرفه عن الغير مشروطة [١] بمصلحة الغير فاذا غبن صار تصرفه كتصرف الفضولي ورد بمنع كون صحة التصرف مشروطة بحصول المصلحة كيف وانما يربح احد المتبايعين من الزيادة التي فاتت على احدهما ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع حاضر لباد ، وقال «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » .

نعم اذا كان الغبن لتقصير من الولي والوكيل انعزلا وكانافضوليين وتصرف الفضولي انما ينفذ بالاجازة ﴿ و ﴾ هذا في الحقيقة من ثبوت الخيار ﴿ **بكونه موقوفاً** ﴾ فانه يثبت للمالك الخيار في اجازة بيع الفضولي وعدمها لكن اذا حصل من الموكل شيء من اسباب الاجازة المتقدمة جاء الخلاف المتقدم بين المؤ يد ما من والهدوية فيما اذا اجاز مع جهل العين والحق قول المؤ يد بالله لأن الاجازة كإذا باع عن نفسه جاهلاً للغبن فانه لا يثبت له الخيار، وقال الناصر والمنصور ومالك بل يثبت له الخيار اذا كان قليل البصر ، لحديث [٢] حبان ابن منقذ الآتي في

على ذلك وان اريد برضاه فالناس مختلفون في ذلك غاية الاختلاف منهم من لا تسمح نفسه بالفلس يتركه من ماله ومنهم من هو بخلاف ذلك فيما يتم ويجزم به الا التقويم ويمضي عليه كارهاً او راضياً .

(١) قوله : مشروطة بمصلحة الغير ، اقول : في البحر بلا ضرر ولا ضرار ، وفي المنار الوجه في خيار من باع عنه الغير او الصبي ولو مال نفسه ان الاذن لم يتناول بيع العين فيصير العقد موقوفاً الا من باب الخيارات فهذا مهيع واسع لا يحتاج معه الى التكلفات ، قلت وهو متين ، واما قول الشارح مشروطة بمصلحة الغير فان اراد انه لا ينقص الغبن عما تقوم به السلعة فهذا مراد صحيح فانه لا يضيع ماله الا السفيه وهو محجور عليه ، واما قوله ورد الخ فلا ندري من الراد ولم يتقدم ذكر مخالف ثم ان العقد صحيح فلا معنى لقوله منع صحة اشتراط المصلحة في صحة العقد ثم ليس الكلام في المصلحة بل في انه ليس لاحد ان يضيع مال غيره ، فان فعل فللغير الخيار فالزامه بوجوب اشتراط المصلحة في حق المالك غير لازم لأنه تصرف في مال نفسه ولا دليل ينهض على خياره ، وان قال به جماعة كما يأتي قريباً وهو مذهب احمد بن حنبل ايضاً فالشارح رحمه الله مشغوف بالايراد والرد وان فقد من يرد ويورد سلوكاً لطريقة ـ اي طريقة البحر ـ لا خيل عندك تهديها ولا مال .

(٢) قوله : ولحديث حبان ابن منقذ ، اقول : هو بفتح المهملة فموحدة كما قدمنا ، وكان الشارح اختار هذا ، والحديث هو ما رواه ابو عمر ان « ان رجلا كان يخدع في البيوع فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم اذا بعت فقل لاخلاءبه يأتي ولادليل «على الحاق غيره به فان الحديث ظاهر في انه يثبت

خيار الشرط ان شاء الله تعالى ﴿ و ﴾ خيار الغبن وخيار الاجازة ﴿ **هما على تراخ** ﴾ لأن سكوت [١] من له الاجازة ليس باجازة ولا رد للبيع فليس بمقتض للنفوذ ولا مانع للرد كما تقدم مثله في النكاح ﴿ و ﴾ لكن هذان الخياران ﴿ **لا يورثان** ﴾ كما تورث الخيارات المتقدمة لانها انما ورثت لان العقد نفذ ولم يبق لصاحب الخيار الا حق لازم لنفوذه بخلاف الموقوف فلا نفوذ له فلا لازم له واما قولهم ان عقد الفضولي يبطل بموت المالك فقد [٢] قدمنا لك وجهة النظر عليه في فصل البيع الموقوف ﴿ و ﴾ يثبت الخيار لأمور ثلاثة ﴿ **للرؤية والشرط والعيب** ﴾ وسيأتي لكل منها فصل على حدةٍ ، وعرفناك رجوع كل ما تقدم اليها ولم يتعرض [٣] المصنف لخيار المجلس لانه لم يثبته من ايمتنا غير علي كرم الله وجهه والباقر والصادق

= له الخيار وان لم يغبن لان فيه ثم انت بالخيار اي ان شاء اخذ وان شاء رد ، وان لم يكن غبن ، ولأنه شرط وذلك في صلب العقد ولا كذلك ما هنا ، ولانه اختص بهذا كما يأتي انه اصابته آفه فلا يلحق به غيره ولا عموم في لفظ حديثه نعم المالك منهي عن اضاعة ماله لحديث انه نهي عن قيل وقال وعن اضاعة المال ، ويبقى النظر هل غبنه في بيعه وشرائه من الاضاعة فان كان منها كان اثماً ولا دليل على عدم صحة عقده او على ان له الخيار ثم رأيت بعد اعوام ان الظاهرية قالوا نهى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم عن اضاعة المال قالوا والمشتري للشيء بأكثر من قيمته والبائع له بأقل من قيمته مضيع لماله ، وفصل ابن حزم فقال هذا اذا لم يعلم قدر الغبن ، واما اذا علم قدر الغبن وطابت به نفسه فهو مأجور اذ احسن الى انسان وترك له مالا او اعطاه مالا وليس السرف والتبذير واضاعة المال واكله بالباطل الا ما حرمه الله تعالى وقرر انه اذا لم يعلم الغبن فهو بيع باطل .

(١) **قوله** : لان سكوت من له الاجازة ، اقول : وان علم بموجبه وان طالت المدة ولم يفسخ ما لم يصدر منه رضا بالقول او ما يجري مجراه كما مضى .

(٢) **قوله** : فقد قدمنا لك وجه النظر ، أقول: وقدمنا لك ما في كلامه ايضاً .

(٣) **قوله** : ولم يتعرض المصنف لخيار المجلس ، اقول لم يقل بإثباته الهدوية ولا الحنفية ولا المالكية وبينهم وبين من اثبله مناظرات وايرادات يأتي الاشارة في الحاشية الى شيء منها وقد ادعوا ان حديثه منسوخ بحديث المؤمنون على شروطهم ، الا انه قال ابن حزم لا يصح لانه عن كثير بن زيد وهو مطرح باتفاق لا يحل الاحتجاج بما روى ومن طريق أخرا عن مجهول مرسل مع ذلك ، وعن عطا مرسل ، ولو سلم فهو مراد بها ما جاء في القرآن والسنة باجتهاد ايضاً فقط ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم «كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل» والخيار بعد لزوم العقد يفسد الشرط ، وبحديث التحالف عند اختلاف المتبايعين لانه يقتضي الحاجة الى اليمين وذلك يستلزم لزوم العقد ، ولو ثبت

والناصر والامام يحيى ومن غيرهم ابن عباس وابن عمر وابي هريرة وابي برده والشعبي والبصري وطاووس وعطا والزهري والشافعي واحمد واسحق وابي ثور محتجين بما عند الجماعة من حديث ابن عمر ، وعند الثلاثة من حديث ابن عمرو بن العاص البيعان بالخيار ما لم يفترقا « قلنا ـ نسخة المراد بالمتبايعين المتساومان» [١] كما في حديث « لا يَبِـعْ احدكم على بيع بعض ويتفرقا تفـرقهما في القولين الايجاب والقبول » قالـوا يكون المعنـى اذا بالخيار اذا لم يعقدا كالسماء فوقنا فلا يصح نسبة ذلك الى الشارع الحكيم ، ثم هو حمل للبيع على المجاز [٢]

= الخيار لكان كافياً في رفع العقد وبقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم والاشهاد ان وقع بعد التفرق لم يطابق الامر وان وقع قبل التفرق لم يصادف محلا ولا حجة في شيء من ذلك لأن النسخ لا يثبت بالاحتمال ، والجمع بين الدليلين مهما امكن لا يصار معه الى الترجيح والجمع هنا ممكن بين الأدلة المذكورة بلا تعسف ولا تكلف قاله في فتح الباري .

(١) **قوله** : المتساومان ، اقول : لا يخفي انه يصير الحديث بهذا التأويل لغوا لانه معلوم ان المتساومين بالخيار ، قال ابن رشد معلومٍ من دين الأمة انهما بالخيار اذ لم يقع بينهما عقد بالقول واليه اشار الشارح بقوله كالسما فوقنا .

(٢) **قوله** : على المجاز بلا قرينة ، اقول : ولا علاقة ان قلت علاقته الصيرورة من باب اعصر خمراً ، قلت لا يتم لأنه لا يعلم ان المتساومين يصيران بائعين اذ قد لا يتم بيعهما ، بخلاف العصير خمراً ، ثم قد عورض بأن تسميتهما بائعين بعد الفراغ من البيع مجاز ايضاً فلم قلتم الحمل على هذا المجاز او لا ؟ واجيب بانه مجاز قد وجدت حقيقته فهو اقرب الى الحقيقة من مجاز لا توجد حقيقته اصلا عند اطلاقه على المتساومين ، قلت وعلى ما قررناه من انه لا علاقة ولا قرينة لا يحتاج الى المعارضة والترجيح الا انه قد يمنع انه لا قرينة وسنده الادلة التي ألجأت الى التأويل ، قال في نهاية المجتهد اعتمد اصحاب مالك على ظواهر سمعيه وعلى القياس ، فمن اظهر الظواهر السمعية قوله تعالى (يأأيهاالذين امنوااوفوا بالعقود) والعقد هو الايجاب والقبول ، والامر على الوجوب ، وخيار المجلس بوجوب ترك الوفـاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع في البيع ما لم يفترقا ، واما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه اثر كسائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهن والصلح عن دم العمد ، فهذه قرائن الحمل على المجاز الا انه قد رد عليهم وقيل لهم ان الظواهر التي يحتجون بها يخصصها الحديث المذكور فلم يكن في مقابلة الحديث معكم الا القياس ، فيلزمكم ان تكونوا ممن يغلب القياس ، وذلك مذهب مهجور عند المالكية افاد هذا فيها ، واعلم انه ذكر ابن دقيق العيد في شرح العمدة وجوهاً ثمانية للمالكية في الاعتذار عن العمل بحديث خيار المجلس مع صحته الصحة التي لا مريه فيها ، قالوا انه حديث خالف فيه راوية ، فان مالكاً رواه ولم يقل به ، فان كان تركه مع صحته فيكون فاسقاً

بلا قرينة بخلاف حديث لا يبع بعضكم على بيع بعض فانه لقرينة ثم تسميته[١] الايجاب والقبول تفرقاً حملاً للفظ على تفيض معناه لانهما اجتماع على العقد لا تفرق فيه ـ صح نسخه. قلنا المراد بالمتبايعين المتساومان كما في حديث لا يبع بعضكم على بيع بعض» على ما فسره به ايمة الحديث الغريب والفقهاء وهو اخبار بان التراضي في المساومة لا يجب بمجرده الملك، قالوا فيلزم وجوبه بالتفرق بعد التراضي بلا عقد.

= فلا تقبل روايته اولا مع علمه بالصحة ، فهو اعلم بعلل ما رواه ورد بأنه يجوز ان يخالفه لمعارض راجح عنده ولم يلزمنا تقليده في ما رآه ، بل يلزمنا قبول ما رواه وليست المخالفة توجب فسق الراوي ، ثم لو هجرنا طريق رواية مالك فالحديث مروي من عدة طرق غير طريقة ، قالوا هو من الاحاديث التي تعم بها البلوى فلا يقبل لأن انفراد الواحد به على خلاف العادة فيرد ، ورد بانه ان اريد ان البيع مما تعم به البلوى فنعم ولكن الحديث في اثبات خيار الفسخ وليس الفسخ مما تعم به البلوى في البياعات ، فإن الظاهر من الاقدام على البيع الرغبة من كل واحد من المتبايعين فيما صار اليه فالحاجة الى معرفة حكم الفسخ لا تكون عامة ولو سلم فانفراد الواحد به لا يقدح به فان العمدة عدالة الراوي وجزمه بالرواية ، وقد وجد ذلك وعدم فعل غيره به لا معارضاً لجواز عدم سماعه للحكم ، فان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يبلغ الاحكام للآحاد والجماعة ولا يلزم تبليغ كل حكم لجميع المكلفين سلمنا انه سمعه جماعة فيجوز ان يعرض مانع عن النقل ، قالوا هذا حديث معارض لاجماع أهل المدينة ورد بأننا لا نسلم اجماع أهل المدينة على خلافه، سلمنا فالحق الذي لا شك فيه أن عملهم واجماعهم ليس بحجة في ما طريقه الاجتهاد والنظر وقد تبين في الاصول ، قالوا ورد في بعض الروايات للحديث ولا يحل له ان يفارقه خشية ان يستقيله ، فلولا ان العقد لازم لما احتاج الى الاستقالة ولا طلب الفرار منها ورد بان المراد من الاستقالة فسخ البيع بحكم الخيار ، وغاية ما هنا استعمال المجاز في لفظ الاستقالة ، لكن جاز المصير اليه اذ قام الدليل عليه ، والدليل انه علق ذلك على التفرق ، فاذا حمل على خيار الفسخ صح تعليقه على التفرق ولان الخيار يرتفع بالفراق ، فاذا حملناه على الاستقالة فانه لا توقف الا على التفرق ولا اختصاص لها بالمجلس هذا زبدة بعض الوجوه والاجوبة ، وهو اطول من هذا الا انه لا تحتمل التعليقة غير هذا .

(١) **قوله** : ثم تسميت الايجاب الى قوله حمل اللفظ على نقيض معناه ، اقول : هذا رد لقولهم بان المراد بتفرقهما تفرقهما بالقولين الايجاب والقبول ، ولا يخفي ان مرادهم انه لا يفارق البائع لفظ الايجاب والمشتري لفظ القبول ، ان يوقع كل واحد لفظه ويفارقه فهو حمل على الافتراق عن الاقوال وهو خلاف المتبادر ، فانه لا يتبادر الى الافتراق في الابدان وان يتفرقا يغن الله كلاًمن سعته)، فلما تفرقنا كأني ومالكاً : لطول اجتماع لم نبت ليلةً معاً : لا انّه حمل على نقيض معناه كما قاله وقوله لانهما اي الايجاب والقبول اجتماع على العقد يقال بل هما نفس العقد لا أنهما شيء آخر يجتمعان عليه ثم لو سلم ان هناك

قلت وهو كذلك عندي **وإلا** لم يبق لقوله او يقول احدهما لصاحبه اختر لان التخير هو معنى الايجاب والاختيار هو معنى القبول ، فلا فائدة لايجاب وقبول اخرين ، فالحديث في قوة المتراضيان بالخيار قبل التفرق بالابدان ، او بالاقوال وذلك ظاهر فيما ذهب اليه المؤ يدبالله من حصول الملك بالمعاطاة مع القبض ، واما كونه فاسداً فيأباه ايجاب الحديث المذكور للخيار قبل التفرق لا بعده ـ الى ـ نخ قلنا او يقول احدهما لصاحبه اختر وذلك هو معنى قوله اشتريت او بعت لانه لا معنى للعبارتين الا اختيار البيع والشراء ، قالوا بل المراد التخيير بعد العقد لانه قابل به التفرق والتفرق بلا عقد لا يوجب الملك وان ساغ تسمية المتساومين متابيعين ، قلنا القياس على النكاح والاجارة ، قالوا قياس في مقابلة النص فلا يجوز .

قال المصنف ان اجمع على صحة خبرهم فهو اقوى لا يعارضه ما ذكرناه بل كالمطلق والمقيد والخبر اولى من القياس . ولا وجه لقوله ان اجمع على صحة خبرهم لأنه [1] لا يشترط في حجية الحديث الاجماع على صحته ولهذا احتج به من نفي خيار المجلس على اطلاق خيار الشرط عن التوقيت بالثلاث كما سيأتي .

قلت :ـ قد ضرب على قوله قلت الخ في نسخة الشارح ـ وفيه دلالة على ان التفرق يوجب الملك بالمعاطاة كما يوجبه التخيير الذي هو معنى الايجاب والقبول باللفظ .

﴿ فصل ﴾

في خيار الرؤية ﴿ فمن اشترى غائباً ﴾ لم يكن رآه رؤ ية مبيع وقد **﴿ ذكر ﴾** له **﴿ جنسه ﴾** وقدره وما يتميز به اذ لا يكفي ذكر الجنس الا عند المؤ يد بالله

= اجتماعاً فغير خاف انه واقع عند التلفظ لا بعده ، ومرادهم الثاني ، وبهذا يندفع ما قيل من ان الافتراق عند اطلاقه يعود الى ما كان فيه الاجتماع واذا كان الاجتماع في الاقوال كان الافتراق فيها ، فانه حمل اللفظ على خلاف ظاهره بلا دليل ، بل الدليل قائم على حمله على الظاهر ، ففي بعض روايات الحديث ما لم يتفرقا عن مكانهما » وذلك نص في المراد .

(١) قوله : لأنه لا يشترط في حجية الحديث الاجماع على صحته ، اقول نعم ما قاله الشارح وهذا الحديث في رتبة الصحة عليةٍ ، قال في نهاية المجتهد انه حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم ابو محمد ان هذا الاسناد يوقع العلم وان كان بطريق الاحاد ، قلت فلا عذر للمصنف (للمنصف) عن القول به وقد قال به ايمة من اهل العلم كما تقدم **فصل** في خيار الرؤ ية .

﴿صح﴾ البيع وقال الشافعي[1] لايصح ، لنا حديث من اشترى مالم يره فله الخياراذا رآه الدارقطني والبيهقي من حديث أبي هريرة ، قالوا تفرد به عمرو بن ابراهيم الكردي مولى بني هاشم وهو مذكور بالوضع قلنا هو عندهما ايضاً وابن أبي شيبة من مراسيل مكحول عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، قالوا فيه أبو بكر بن أبي مريم ضعيف ، قلنا اخرج الطحاوي والبيهقي من طريق علقمة بن وقاص ان طلحة[2] اشترى من عثمان ما لا فقيل لعثمان انك قد

---

(١) قوله : ـ وقال الشافعي لا يصح ، أقول الشافعي علق القول به على صحة حديث من اشترى شيئاً الا انه قال الدارقطني والبيهقي المعروف انه كلام ابن سيرين ، ولسببه طرق مرسلة وطريق فيها ابن أبي مريم ، قال النووي اتفقوا على ضعفه ، ونقل ابن حزم عن الشافعي اقوالاً ، الأول المنع عن بيع الغائب جملة ، والثاني قال انه جايز وله خيار الروية ، والثالث جوازه فان وجد على الصفة التي وقع البيع عليها فلا خيار . قال واحتج بعض أصحاب الشافعي في المنع من بيع الغائبات بنهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر وعن الملامسة والمنابذة لا يعلم لهم حجة غيرها ، ولا حجة لهم فيه لأن بيع الغايب اذا وصف عن روية وخبرة ومعرفة فقد صح ملكه لما اشترى ، فأين الغرر واما الملامسة والمنابذة فالملامسة لمس الثوب ولا ينظر اليه ، والمنابذة طرح الرجل ثوبه الى الرجل قبل أن يطلبه ، بهذا فسرهما أبو هريرة وأبو سعيد وهما الحجة في الشريعة واللغة ، وليس هذا بيع غائب بل بيع حاضر واستدل له بحديث لاتبع ما ليس عندك » وأجيب بأن الغائب عند بايعه لا مما ليس عنده لأن لا خلاف في لغة العرب في صدق القائل عندي ضياع وعندي بور اذا كان ذلك في ملكه فالمراد بما ليس عند المرء ما ليس في ملكه ، والشارح قد جنح الى القول بالحديث وتأيد له بأن الأصل عدم مانع بيع الغائب وفي نهاية المجتهد ان مالكاً وأكثر أهل المدينة اجازوا بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤ من ان تتغير فيه قبل القبض صفته ثم قال وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالجنس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر فيكون من الغرر اليسير المعفو عنه فالشافعي رآه من الغرر الكثير ، ومالك رآه من الغرر اليسير .

(٢) قوله : ـ ان طلحة اشترى من عثمان مالاً ، أقول : قال شارح الأثمار بعد أن ساق هذه الرواية هذا الحديث على هذه الرواية واضح الدلالة لا أشكال فيه واما ما على رواية من روى انهما تناقلا بأرضين أو دارين احدهما بالمدينة والآخر بالكوفة ، فقيل لعثمان انه مغبون الى آخر القصة ففيها اشكال اذ كلاهما مبيع واحدهما غائب ، ولا وجه لقبول الخيار لطلحة دون عثمان ، ثم نقل عن الغيث توجيهاً للرواية ، نعم احتج الحنفية بما رواه سعيد بن المسيب ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قالوا وددنا ان عثمان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم اجراً أي حظاً ، في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان فرساً بأرض له اخرى وأربعين الفاً وأربعة آلاف ثم قال وفيه بيع الغائب مطلقاً وذكره في النهاية لابن رشد .

غبنت فقال عثمان لي الخيار لأني بعت ما لم أره ، وقال طلحة لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره فحكما جبير بن مطعم قضا ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان ، قالوا ليس باجماع ، قلنا ان سلم[١] ضعف الحديث فالأصل عدم مانع بيع الغايب بعد اطلاق (وأحل الله البيع) قالوا المانع احاديث النهي عن الغرر تقدمت قلنا[٢] الغرر ينتفي بإثبات الخيار قياساً على بيع الصبرة ، وأما قول[٣] الأصحاب ان الحديث رواه أهل البيت والرواية تعديل فانما يكون تعديلاً ممن علم انه لا يروي الا عن عدل وهذا شرط اعز من بيض الأنوق ، للعلم برواية كل امام عن الضعفاء ، ثم غاية التعديل ما علمت جارحاً والجارح يقول علمت فخبرهُ مثبت والمعدل ناف والمثبت أرجح من الثاني فلهذا صرحوا بأن الجارح أولى وان كثر المعدل ﴿و﴾ اذا صححنا شراء الغايب كان ﴿ **له رده** ﴾ بخيار الروية كما دل عليه الحديث سواء وجده على ما وصف أو لا ، وقال في المنتخب وأبو العباس اذا وجده كما وصف فلا خيار لنا ، اطلاق اثبات الخيار في الحديث ، قالوا يصح التقييد والتخصيص بالقياس اذ لا يثبت الخيار الا لجهل أو نقص والنقص[٤] منتف والجهل قد ذهب بالروية . وانما يثبت له الرد ﴿ **عقيب رويه** ﴾ أي بلا فصل بين الروية والرد لالو تراخا فانه يبطل الرد لأنه موقت باذارآه الا انه لا يبطل الخيار بعد الرؤية الا اذا كانت ﴿ **مميزة** ﴾ ولكنها لا تكون مميزة الا اذا كانت ﴿ **بتأمل لجميع** ﴾ اجزاء ﴿ **غير المثلى** ﴾ أو المثلى المختلف ايضاً لا المستوى فتكفي روية بعضه ﴿ **الا ما**

---

(١) **قوله** : ـ قلنا ان سلم ضعف الحديث اي حديث أبي هريرة بأنه من شراء غائب فله الخيار ، فالأصل عدم مانع بيع الغائب ، اقول : لا يخفي ان الأولى ان يقول ويؤيد الحديث ان الأصل صحة بيع الغائب قال ابن حزم ومما يبطل قول الشافعي انه لم يزل المسلمون يتبايعون الضياع بالصفة وهي في البلاد البعيدة وقد باع عثمان الى ابن عمر مالاً بخيبر بمال لابن عمر بوادي القرى .

(٢) **قوله** : ـ قلنا الغرر ينتفي باثبات الخيار ، أقول قدمنا لك عن ابن حزم انه لا غرر بعد الوصف للمبيع فلو وجده المشتري كما وصف البائع فلا خيار له وتقدمت للشافعية ادلة غير هذا وتقدم ردها .

(٣) **قوله** : ـ واما قول الأصحاب الخ ، اقول : لم اجد هذا لهم في نفس هذا الحديث وكأنه لما علم من قاعدتهم الكلية التي ذكرها المهدي ، ولا شك ان الحق ما قاله الشارح ، وقوله اعز من بيض الأنوق هو بوزن طيور الغراب او الرخمة أو طائر أسود اصلع الرأس اصفر المنقار وهو اغر من بيض الأنوق لأنها تحرزه ولا يكاد يظفر به لأن اوكارها في القلل الصعبة ، قاله في القاموس ثم عدها خصالاً عشراً .

(٤) **قوله** : ـ والنقص منتف والجهل قد ذهب بالروية ، اقول : هذا هو الصواب ، وحديث فله الخيار اذا رآه ، لو صح لكان المراد اذا رآه على خلاف ما وصف له .

يعفي ﴾ عن رويته في العادة ﴿**و**﴾ اما قوله ان هذا الخيار ﴿ **يبطل بالموت** ﴾ فلأنه ليس من خيار العيب بل من خيار التروي كالشرط[١] ﴿**و**﴾ يبطل ايضاً باختيار ﴿ **الإبطال** ﴾ من المشتري لا عن شرط عليه والا بطل العقد برفع الشرط[٢] موجبه وانما يبطله الإبطال اذا وقع ﴿ **بعد العقد** ﴾ لا قبله لأن سبب استحقاقه العقد والابطال قبله كاسقاط الشفعة قبل البيع لا يصح كما سيأتي ، وقال الامام يحيى بل ولا يصح قبل الرؤية ايضاً ولو بعد العقد لأنه[٣] انما يستحق بالرؤية ، ولهذا تبطل بالموت قبلها ﴿ **وبالتصرف** ﴾[٤] فيه ببيع أو نحوه ﴿ **غير الاستعمال** ﴾ له قبل الرؤية نحو ان يركب الدابة ليلا أو يزرع له الحرث الغايب عنه أو نحو ذلك ﴿ **بالتعيب** ﴾ في يده قبل الرؤية ، قال المصنف لأنه ان رد مع أرش فلا قائل به ، ودونه ظلم وفيه نظر ، لأن خيار الرؤ ية من خيار الشرط ، وانما اختلفا في ان الشارط في احدهما هو الشارع وفي الآخر هو العاقد ، وقد صح الرد بالعيب الحادث في يد الشارط في المدة وشرط[٥]

---

(١) **قوله** : ـ كالشرط ، اقول يأتي الخلاف في الشرط لمالك والشافعي فانهما يقولان لا يبطل بالموت ويأتي للشارح الرد عليهما والحاق خيار الرؤية بالشرط صحيح على ما يأتي له الا ان الدليل في بطلان خيار الشرط بالموت هو استحالة علم ما في نفس العاقد وهي حاصلة هنا فلتكن هي الدليل لا الالحاق بخيار الشرط ، وفي المنار يحتمل ان من خالف في خيار الشرط وهو مالك والشافعي يخالف هنا أيضاً .

(٢) **قوله** : ـ لرفع الشرط موجبه ، اقول اذ من موجبات العقد ثبوت خيار الرؤية فلو شرط عدمه بطل العقد ، وقياس ما اسلفناه انه يلغو الشرط ويصح العقد وهو قول ابي طالب كما في الأثمار عن الزوائد .

(٣) **قوله** : ـ لأنه انما يستحق بالرؤية ، اقول : اجاب عنه في شرح الأثمار بأن خيار الرؤية سببه العقد وقد حصل ، والرؤية شرط فيصح ابطاله بعد حصول سببه وان تأخر شرطه كما يصح الابراء من المهر كله قبل الدخول ، قلت الحق ان سبب ثبوت خيار الرؤية العقد ، وسبب ابطاله ثبوته فيصح قبل الرؤية ان يبطله من ثبت له .

(٤) **قال** : ـ وبالتصرف غير الاستعمال ، أقول : أهمل الشارح دليل الأمرين ، والأول دليله ان التصرف يشعر بالرضا بالمبيع ، وأما الاستعمال فانه قد يحصل في غير العين المملوكة كالمستعار والموجر والمباح ، فلا يكون الاستعمال دليلاً على الرضا ، وقد يقال معلوم ان المستعار والمستأجر لا يراد منهما الا الاستعمال ، واما العين المملوكة فان استعملها المشتري فقد رضيها والا فليس له ذلك ، ثم التفرقة بين التصرف والاستعمال يحتاج الى تفرقة وضابط .

(٥) **قوله** : ـ وشرط الشارع ، اقول الشارع جعل له ذلك مهما بقي المبيع على حاله فان تغير فليس هو بالمبيع الذي شرط الشارع فيه الرؤية الا انه استدلال بنفس المذهب ولله الحمد وله المنة .

الشارع اولى بأن يرد فيه قبل الروية ﴿و﴾ يبطله ﴿ **النقص** ﴾ الحاصل بعد القبض ﴿ **عما شمله العقد** ﴾ لأنه كخيار الشرط اذا انفرد به المشتري تلف وتعيب من ماله ، واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عن نقصان المصراة باستهلاك لبنها فانه لا يمنع الرد للحديث بناء على ان ردها من الرد بخيار الروية وقد عرفت[١] انه من الرد بالعيب ولهذا كان على التراخي ﴿و﴾ يبطل الخيار ﴿ **حبس ما يحبس** ﴾ كالغنم المشتراة للحم لأن ذلك روية مميزة ﴿ **وبسكوته عقيبها** ﴾ لما عرفت من ان الخيار موقت بوقت الروية والموقت يسقط بانقضاء وقته الا لدليل كالقضاء ﴿و﴾ يبطل أيضاً ﴿ **بروية من الوكيل** ﴾ ، وقال الناصر والامام يحيى والشافعي روية الوكيل لا تبطل خيار الموكل كما لا يلزمه غبن الوكيل ، كما تقدم ، وقلنا الخيار هنا للوكيل لتعلق[٢] الحقوق به ولا خيار للموكل رأساً لأن الخيار لمن اشترى ، والمشتري هو الوكيل ، قالوا فيلزمه غبن الوكيل فيبطل خيار الغبن ﴿ **لا الرسول** ﴾ لقبض المبيع فلا يبطل بروايته خيار المرسل اتفاقاً ، وانما فرقنا بينه وبين الوكيل لعدم تعلق الحقوق بالرسول كما تتعلق بالوكيل .

قلت اما لو كان رسولاً للروية لكان محفوظاً إليه الخيار فيلزم خياره كالوكيل ولا محيص عن لزوم غبن[٣] الوكيل او التزام مذهب الناصر والشافعي ﴿و﴾ يبطل خيار الروية بالروية ﴿ **لبعض** ﴾ من المبيع بشرط ان ﴿ **يدل على الباقي** ﴾ لأنه مستوى الأجزاء ﴿و﴾ يبطل الخيار بروية ﴿ **متقدمة** ﴾ على الشراء اذا كانت ﴿ **فيما لا يتغير** ﴾ حاله فيما بين الروية والشراء عادة ﴿و﴾ المشتري ﴿ **له الفسخ** ﴾ للبيع ﴿ **قبلها** ﴾ أي قبل الروية سواء علم انه موافق للوصف أو مخالف ، قالوا اذ هو اسقاط فيصح في المجاهيل وفيه نظر لأن صحة اسقاط

---

(١) **قوله** : ـ وقد عرفت انه من الرد بالعيب ، اقول حذف الأثمار غالباً قال شارحه انما حذفه لأن المصراة لا ترد بالروية انما ترد بالتصرية فكانت لفظة غالباً موهمة ان يفسخ بخيار الروية ، ولو كان قد استهلك لبن المصراة او نقص وليس كذلك ، وانما يردها بالغرر بالتصرية ويرد مثل اللبن او قيمته كما سلف .

(٢) **قوله** : ـ لتعلق الحقوق به ، أقول : لا يصلح جواباً عنهم لأنهم غير قائلين بتعلق الحقوق بالوكيل ، وقد نصر الشارح ذلك فيما يأتي .

(٣) **قوله** : ـ عن لزوم غبن الوكيل ، اقول اذا غبن لزم الموكل ومضى البيع وهو خلاف ما سلف قريباً من ثبوت الخيار بغبن من تصرف عن الغير ، والحق انه لا لزوم لما سمعت عن المنار من انه لا يوكل ويأذن الا ما لا غبن فيه فالعقد موقوف لا من باب الخيارات .

استحقاق قبض المبيع لا يستلزم اسقاط استحقاق[1] البائع لقبض الثمن لأنه لزم بالعقد مشروطاً بالروية لا بغيرها فالفرق بينه وبين ما اذا انفرد المشتري بخيار الشرط واضح ، فينبغي أن يكلف الروية كما يكلف التعيين كما تقدم لاشتراكهما في ان تمام حق البايع متوقف على كل واحد منهما ﴿و﴾ اذا حصلت في المبيع فوائد فرعية بعد قبضه ، وقبل رويته ككسب العبد ونحوه مما ليس ناشئاً عن ذات المبيع فان للمشتري ﴿ **فرعية ما قبض وان رد** ﴾ بناء على انه بالقبض يضمنه ويتلف من ماله ليكون الخراج بالضمان كما سيأتي[2] في فوائد المعيب لأنه منفرد بالخيار كما اذا انفرد به في خيار الشرط ﴿و﴾ اذا اختلف البائع والمشتري في حصول الرؤ ية وعدمه كان ﴿ **القول له** ﴾ أي للمشتري ﴿ **في نفي** ﴾ الروية ﴿ **المميزة** ﴾ ونظره المصنف حيث قد اعترف بالروية ، قال لأن الظاهر انه قد ميز وفي النظر نظر لأن الاعتراف بالأعم لا يستلزم الاعتراف بالأخص والمانع للرد انما هو الأخص ﴿و﴾ اذا اختلفا بعد الروية

---

(١) **قوله** : ـ استحقاق البائع لقبض الثمن ، أقول : قد يقال لا يستحق قبض الثمن الا بعد نفوذ البيع وسقوط الخيار ، وانما قبض المشتري للبيع فيستحقه بالعقد لينظره هل له فيه خيار أم لا الا ان هذا لا يوافق ما تقدم في قوله ويقدم تسليم الثمن ان حضر المبيع الا ان يقيد حضوره بالروية المميزة التي يسقط معها خيار الروية .

(٢) **قوله** : ـ كما سيأتي في فوائد المعيب ، اقول : يأتي للشارح تقوية كلام الشافعي ان الأصلية والفرعية للمشتري ويأتي له في خيار الشرط مثل ما هنا قد خالف في الموضعين فقوله كما اذا انفرد به في خيار الشرط لا يصح لأهل المذهب لأنهم يقولون هي أي الفوائد في خيار الشرط لمن استقر له الملك فرعية كانت أو أصلية والشافعي يخالف هنا ايضاً ، وفيما يأتي في فوائد المعيب كما في شرح الأثمار عنه ، ويقول انها للمشتري ، والقاضي زيد عكس هذا ، فقال يرد ان للبائع هنا كما في خيار الشرط ، قال في الغيث لنا القياس على خيار العيب وشبهه ، اقوى من شبهه بخيار الشرط والجامع بينه وبين خيار العيب ان كل واحد منهما يثبت بغير شرط ، والجامع بينه وبين خيار الشرط عند القاضي زيد ان كل واحد منهما من باب النظر . قلت وهذه فروع يتوقف فيها أولو التقوى فانه لا دليل على هذه التفاصيل غير هذه الا قيسة الشبهية ولا يحصل بها ظن للحكم لمن عرف الأصول والأقرب قول الشافعي عملاً بالحديث ويأتي الكلام عليه .

فائدة في شرح الأثمار اعلم ان الخيارات تنقسم الى ما ترد معه الفوائد الأصلية والفرعية كخيار الشرط والى ما ترد معه الأصلية دون الفرعية كخيار العيب ، والى ما ترد فيه الأصلية وفي الفرعية الخلاف كخيار الروية هكذا في الغيث قلت هو تحصيل لكلام أهل المذهب .

هل فسخ المشتري أم لا فالقول ﴿ **للبائع في نفي** ﴾ ايقاع المشتري ﴿ **الفسخ** ﴾ ليلزمه البيع بناء في الصورتين على ان الأصل هو العدم ، وقيل اما في الأخيرة فالقول للمشتري في ايقاع الفسخ لأن اليد له عليه والقول قول ذي اليد، واجيب بأن الكلام فيما بعد وقت الرؤية ولا يد له بعد انقضاء الوقت .

﴿ فصل ﴾

﴿**و**﴾ **خيار الشرط** ﴿ **يصح ولو بعد العقد** ﴾ لأنه كالزيادة المعلومة ، وقد تقدم انها تلحق بالعقد ﴿ **لا قبله** ﴾ لأن الزيادة فرع وجوب المزيد، وكان شيخنا رحمه الله يقول اذا جرى العرف[1] بتقدمه لحق ﴿ **شرط الخيار** ﴾ لكن انما يصح اشتراطه ﴿ **مدة معلومة** ﴾ لئلا يلزم الجهالة في العقد لعدم استقراره كما تقدم في الشروط المقارنة للعقد فيفسد ، وسواء طالت المدة أو قصرت ، وقال زيد والفريقان وزفر لايثبت خيار الشرط الا ثلاثاً فقط ، احتج المصنف بماعندالجماعةمن حديث ابن عمر وعند الثلاثة من حديث ابن عمرو بن العاص ، كلهم في خيار المجلس ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « البيعان بالخيار ما لم يفترقا او يكون البيع خياراً » وفي رواية الا بيع الخيار ، وفي حديث ابن العاص الا ان تكون صفقة خيار قالوا الاحتجاج بذلك وهم مبني على ان المراد بقوله او يكون البيع خياراً ، وبقوله الا ان يكون صفقة خيار هو التأجيل وليس كذلك[1] بل المراد انهما اذا تبايعا بيعاً مطلقاً كان لهما

= **فصل وخيار الشرط ـ ١) قوله** : ـ اذا جرى العرف اقول في البحر لا يصح تقدمه على العقد اجماعاً قال لأنه صفة فامتنع تقدمه عليه .

(١) **قوله** : ـ وليس كذلك ، أقول في غريب الجامع ان معناه الا بيعاً شرط فيه الخيار فلا يلزم بالتفرق وقيل معناه الا بيعاً شرط فيه نفي خيار المجلس فيلزم بنفسه عند قوم هذا لفظه والأول هو الذي اراده المصنف واستدل به ، فقول الشارح انه وهَمٌ وَهَمٌ فانه احد الاحتمالين في الحديث كما عرفت ، فكلامه صحيح باعتبار احد احتمالي الحديث وهذا الاحتمال ذكره في فتح الباري ولفظه وقيل هو استثناء من انقطاع الخيار بالتفرق ، والمراد من قوله يخير احدهما الآخر اي فيشترط الخيار مدة معينة فلا ينقضي الخيار بالتفرق بل يبقى حتى تمضي المدة حكاه ابن عبد البر عن أبي ثور . نعم يرد على المصنف انه لا يقول بحديث خيار المجلس وقد استدل هنا ببعضه كما ترى كيف وهو مع الحنفية في تأويله وقد قالوا بنسخه في احد التأويلات ؟ واذا عرفت انه يحتمل الأمرين فالمتعين هو النظر الى الأرجح منهما والفاظ الحديث فيها مالم يتفرقا او يخير احدهما الآخر فان خير احدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وان تفرقا بعد ان تبايعا ولم يترك واحد منهما المبيع فقد وجب البيع فجعله صلى الله عليه وآله وسلم

المجلس ان لم يقل أحدهما لصاحبه فيه بعد العقد اختر كما ثبت بهذا اللفظ في رواية متفق عليها ، وذلك يبين ان الاستثناء في الا صفقة خيار استثناء من المقيد لا من القيد كما توهم ان المراد الا ان تكون صفقة خيار فانه يثبت بعد التفرق وانما المراد انهما بالخيار اذا سكتا بعد العقد عن ذكر التخيير فان تخايرا قبل التفرق لم يحتج الى التفرق كما يحقق ذلك ما عند النسائي من حديث سمرة بلفظ ويتخايران ثلاث مرات ، قلنا ثبت في المتفق عليه من حديث ابن عمر ان رجلاً كان يُخدع في البيوع فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم « إذا بعت فقل[1] لا خلابة

= الخيار قسيماً للتفرق في امضاء البيع يدل على ارجحية ما قاله الشارح ومثله ما لم يتفرقا أو يختارا وكذلك ما ذكره من الألفاظ فانها دالة بالضرورة على ان المراد بالخيار انما هو التخيير من احدهما للآخر فقط وقوله استثني من المقيد اي من قوله وهو بالخيار لا من القيد وهو قوله ما لم يتفرقا ، ورأيت بعد هذا في فتح الباري ما لفظه انه قال الجمهور انه جزم الشافعي انه استثناء من امتداد الخيار الى التفرق والمراد انهما اذا أختارا امضاء البيع قبل التفرق لزم البيع حَ وبطل اعتبار التفرق بالتقدير الا البيع الذي جرى فيه التخاير، قال النووي اتفق اصحابنا على ترجيح هذا التأويل وابطل كثير منهم ما سواه وغلطوا قائله .

(١) قوله : ـ فقل لا خلابة ، اقول : بكسر المعجمة لا خداع ، ومنه خلبت المرأة قلب زوجها اذا خدعته بألطف وجه فلا لنفي الجنس اي خديعة في الدين فان الدين النصيحة ، وفي الامداد شرح الارشاد اشتهر شرعاً ان لا خلابة عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة ايام ، وما ادرى عن صحة ما قاله وما اظنه الا اشتهر في ذهنه لمذهبه وبعد اعوام رأيت لابن حزم في كتابه المحلي ما لفظه ليس في الخبر أي خبر حبان ابن منقذ بيع وقع بخيار على المتبايعين لأحدهما او لهما انتهى وصدق ليس فيه الا انه رضي ما شرا وانه لم يغبن فيه فقد مضى البيع وان رأى انه غبن فيه ارجعه فهو من باب خيار الغبن لا من باب خيار الشرط فلا يتم به الاستدلال لا في ثبوت خيار الشرط ولا في المدة وبقي لمن اثبت خيار الشرط ادلة على اثباته منها خبر المصراة وانه صلى الله عليه وآله وسلم جعل لمشتريها الخيار ثلاثاً ورد هذا الاستدلال بأن الخيار في المصراة جعله الشارع للمشتري رضي البايع او كره على انه من خيار العيب فكيف يستدل به على بيع اتفق فيه البائع والمشتري على الرضا بشرط الخيار لهما اولاحدهما أو لغيرهما فلا دليل فيه على ان أهل المذهب والحنفية قد ردوا خبر المصراة كما ردوا خيار المجلس ثم وصلوا الى هنا واستدلوا بها وهذا ليس من الانصاف والعمل بالأدلة واستدلوا بحديث النهي عن تلقي السلع وانه جعل صلى الله عليه وآله وسلم الخيار للبائع اذا دخل السوق ، ورد بأنه صلى الله عليه وآله وسلم جعل الخيار للبائع رضي المشتري أم كره ولم يشترطاه في العقد فلا حجة لهم فيه واستدلوا بحديث أنس ان رجلاً شرا بعيراً واشترط الخيار اربعة أيام فأبطل النبي صلى الله عليه وآله وسلم البيع وقال انما الخيار ثلاثة ايام واستدلوا بحديث مرسل عن الحسن مثل حديث أنس ، ورد بأن الأول من طريق أبان بن يزيد الرقاشي وهو

وهو عند أحمد وأصحاب السنن والحاكم من حديث أنس وهو ظاهر في اشتراط الخيار بغير التوقيت المذكور ، قالوا يلزمكم ثبوته مدة مجهولة كما قال الحسن بن صالح وابن شبرمة انه يتأبد الخيار ولا تقولون به وأيضاً هو مطلق مقيد بما عند الحميدي في مسنده والبخاري في تاريخه والحاكم في مستدركه من زيادة في حديث ابن عمر بلفظ، وانت في كل سِلْعة ابْتعتها بالخيار ثلاث ليال[١] ، وهي بلفظ ولك الخيار ثلاثة ايام عند الدارقطني من حديث طلحة ابن يزيد بن ركانة عن عمر قلنا فيه ابن لهيعة قالوا هو كذلك في رواية ابن ماجة والبخاري في التاريخ من طريق يحيى ابن محمد بن حبان ابن منقذ قال كان جدي منقذ بن عمر فذكر الحديث بزيادته ،

= هالك مطرح والثاني فيه رجل مجهول ، واذا عرفت هذا فانه ما ثمة دليل ناهض على ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما أو لغيرهما وعليه بنى ابن حزم ، وقال مسألة كل بيع وقع بشرط خيار للبائع او للمشتري او لهما خيار ساعةأو يوم أو ثلاثة ايام او اكثر فهو باطل وقد رد ادلة من اثبته بما ذكرنا ، ثم قال ونسألهم عن بيع الخيار هل زال ملك بايعه عنه وملكه وملكه المشتري أم لا ؟ اذا اشترط الخيار لهما أو للبائع فان قالوا لا فهو قولنا وصح ان لا بيع هناك اصلاً لأن البيع نقل ملك البائع وايقاع ملك المشتري ، وان قالوا نعم قلنا الخيار لا معنى له ولا يصح في شيء قد صح ملكه عليه ، فان قالوا قد باع البائع ولم يشتر المشتري بعد ، قلنا هذا تخليط وباطل لا خفي به بأن لا يكون بيع ، وهناك بائع ومتبائع وانتقال ملك ، وهذان كان الخيار للبائع فقط فمن المحال ان ينعقد بيع على المشتري ولم ينعقد ذلك البيع على البائع وان كان الخيار لهما وللأجنبي ، فهذا بيع لم ينعقد على بائع ولا مبتاع ، فهذا باطل ، قال والقوم اصحاب قياس بزعمهم وقد اجمعوا ان النكاح لا يجوز فيه الخيار فهلا قاسوا عليه البيع وسائر ما اجازوا فيه الخيار كما فعلوا في معارضة السنة بهذا القياس نفسه في ابطال الخيار بعد عقد البيع قبل التفرق فلا النص التزموا ولا القياس طردوا . ولا يخفي قوة هذا القول وان زعم من زعم انه خلاف الاجماع فانه ليس له سماع ووجه قوته ان اثبات جواز الخيار لهما أو لأحدهما أو لأجنبي حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي ولم يتم على جوازه دليل كما عرفت والأصل في البيع نفوذه مع تكامل شرائطه .

(١) **قوله** : ـ ثلاث ليال ، اقول : قيل عليه ذكر الثلاث لا ينفي ما عداها فانه كالنص على بعض افراد العام ، قلت فيه تأمل وغايته مفهوم عدد لا اعتداد به الا ان حديث الخيار ثلاثة ايام لو صح يبطل ذلك لأنه من مفهوم الحصر بمعنى لا خيار الا ثلاثة ايام كما يفيده تعريف المسند ويؤ يده حديث المصراة فله الخيار ثلاثاً ، واما دون الثلاث فيصح معيناً لئلا يلزم الجهالة ، وقال الثوري والحسن بن صالح يجوز مطلقاً ويكون له الخيار من دون تعيين مدة ، وقال مالك يجوز الزيادة على الثلاث بحسب الحاجة حتى لو اشترا ضيعة يحتاج الى النظر فيها ثلاثاً فصاعداً جاز اشتراطه ، وعن احمد تجوز الزيادة بغير تحديد ذكره في النجم الوهاج ، فقول الشارح موجب للفساد اتفاقاً لا يخفى ما فيه .

ويشهد بالزيادة ما في مصنف عبد الرزاق عن أنس ان رجلاً اشترى من رجل بعيراً واشترط الخيار أربعة أيام فأبطل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة ايام .

قلت واشف ما يستأنس به لاثبات الخيار اكثر من ثلاث [١] حديث من اشترا غايباً فهو بالخيار اذا رآه لأن معناه فهو بالخيار الى ان يراه ، وظاهره قاض بصحة كون المدة اكثر من ثلاث الا انه يشكل بوجه آخر وهو جهالة مقدارها وهو موجب للفساد اتفاقاً ، ولهذا منع الشافعي صحته فيكون القياس عليه بالنظر الى الشافعي مصادره . وسوى اشترط البيعان الخيار ﴿ **لهما** ﴾ وقال الثوري ثبوته للمشتري مخالف للقياس بعدم صحة تقييد العقد بمستقبل ، قلنا والبائع [٢] مقيس ، واجيب بانه ينبني على صحة القياس على مخالف القياس مع ان الفرق ظاهر لأن البائع مظنة معرفة المبيع ومصلحة بيعه بالثمن بخلاف المشتري فهو جاهل فافترقا ﴿ **او لأحدهما او لاجنبي** ﴾ خلافاً [٣] للشافعي في الاجنبي ، واذا كان لاجنبي ﴿ **فيتبعه الجاعل** ﴾ في ثبوت الخيار له مع الاجنبي ﴿ **الا لشرط** ﴾ انفراد الاجنبي بالخيار فلا يتبعه الجاعل ﴿ **ويبطل** ﴾ الخيار ﴿ **بموت صاحبه** ﴾ اي شارطه اما اذا شرط

---

(١) **قوله** : اكثر من ثلاث ، اقول على انه تقدم له ضعف الحديث وانه انما رجع الى ان الاصل صحة بيع الغائب كما عرفت فكيف يستدل به فهو نظير اهل المذهب والحنفية حيث لم يعملوا بحديث المصراة وخيار المجلس فهما وردا فيه ثم استدلوا بهما هنا ، وقوله قبل هذا انه يشهد للزيادة ما في مصنف عبد الرزاق يأتي لنا ان في سنده من هو متروك او مجهول فهو شاهد مجروح .

(٢) **قوله** : والبائع مقيس ، اقول حديث خيار المجلس اثبته لهما النص وان لم يقل به اهل المذهب ، وحديث الا صفقة خيار كذلك على كل من التفسيرين وح فثبوته لهما بالنص وغايته يخص فساد العقد بالتقييد بالاستقبال ان سلم انه منه وحديث لاخلابه اثبته للمشتري النص ، قلت فليس من خيار الشرط بل من خيار الغبن الا انه قال في المنار الظاهر في خبر حبان انه مخصوص به لأنه لم يكن صبياً ولا متصرفاً عن الغير بل يعرض له اختلال وقياس مثله ان ينظر حاله التي باع عليها من حصول الخلل وعدمه ، قلت بل الصواب اثبات خيار الغبن لمن قال لاخلابه عند بيع او شراء سواء تصرف عن نفسه او غيره لما قدمنا من ان الدين الصيحة ومن غبن غيره فقد فعل شيئاً ليس من الدين فيرد عليه .

(٣) **قوله** : خلافاً للشافعي ، أقول : مثله في شرح الاثمار والبحر والذي في كتب الشافعية اثباته للاجنبي ولفظ الارشاد لعاقد وموكل وأجنبي ، وأقره في الامداد ولم يذكر لهم خلافاً ، نعم في نهاية ابن رشد ان الشافعي لا يجيزه في احد قوليه وفي السراج الوهاج وان يشترط لاجنبي أي يصح ان يشترط له على الاصح لان الحاجة قد تدعو الى اشتراطه لكونه أعرف بالمعقود عليه .

لنفسه فلاستحالة(١) العلم بما في نفسه حـ والاصل عدم مغير العقد ومثل ذلك الخيار لمعرفة قدر الثمن والمبيع وخيار الرؤ ية كما قدمناه لك ، وقال مالك والشافعي يورث كالعيب ، قلنا انما ورث خيار العيب لأن عين المبيع ملكت سليمة وصار الوارث مستحقاً لها كذلك او للثمن بخلاف غير المعيب فلا نقص فيه كالمعيب فلا وجه للرد ، قالوا حق كالشفعة فيورث ، قلنا المستحق (٢) فيها عين بخلاف الخيار ، واما اذا شرطه الاجنبي فمات الشارط فقال المصنف يبطل ﴿ **مطلقاً فيتبعه** ﴾ بطلان خيار الاجنبي ﴿ **المجعول له** ﴾ الخيار بنا على انه وكيل للميت والوكالة تبطل بالموت ، اما لو مات الاجنبي فقال المصنف لا يبعد (٣) ان لا يبطل خيار الشرط وفيه نظر لأن ثبوته للجاعل بالتبعية وقد زالت بزوال المتبوع ﴿ **و** ﴾ يبطل خيار الشرط ﴿ **بامضائه** ﴾ اي امضاء البيع ﴿ **ولو** ﴾ امضاه من له الخيار ﴿ **في غيبة الاخر و** ﴾ اما الآخر اذا كان الخيار مشروطاً لهما فلا يبطل خياره بل ﴿ **هو** ﴾ باق ﴿ **على خياره** ﴾ وامضاء البيع ﴿ **عكس الفسخ** ﴾ فان الفسخ لا يكون الا في وجه البائع ويبطل به خيار البائع ، وقال المؤ يد بالله ومالك والشافعي بل الفسخ لا يحتاج الى حضور الآخر ، قلنا الفسخ كرد الوديعة فلا ترد الا الى صاحبها قالوا بل هو كالطلاق ، قلنا بل هو اشبه برد الوديعة ونظره المصنف .

قلت وجه النظر انه فسخ عقد كالطلاق بخلاف رد الوديعة فليس فسخاً لعقد ﴿ **و** ﴾ يبطل خيار الشرط ﴿ **بأي تصرف** ﴾ تصرفه ﴿ **لنفسه** ﴾ لا لمصلحة المبيع كسقيه

---

(١) **قوله** : لاستحالة علم ما في نفسه ، اقول لا يخفي انه مات وله جواز امضاء البيع وجواز رده فليرث وارثه هذا الاختيار ، واما علم ما في نفسه من امضاء اورد فلا يتوقف الارث عليه ، وقوله والاصل عدم مغير العقد يقال لا يتحقق التغير الا بالرد وليس هو الموروث على ان الكلام في عقد مرهون في شرط الخيار ولا يوصف بالتغير ولا عدمه حتى يمضي الشارط شرطه .

(٢) **قوله** : المستحق فيها عين، أقول: الشفعة حق يثبت للخليط مثلاً يتسبب عن ثبوته على أخذ عين المبيع بها ان شاء والخيار حق يتسبب عنه تسليط المشتري على العين المبيعة اخذاً ورداً ان شاء فالخيار والشفعة صفات سببهما امر يتعلق بالأعيان فلا فرق بينهما والاقرب قول الشافعية ، قال في النهاية وهو قول المالكية ، قال وعمدتهم ان الاصل ارث الحقوق والاموال الا ما قام من دليل على مفارقته في هذا المعنى لهما ، قال وعمده الحنفية ان الاصل ان تورث الاموال دون الحقوق الا ما قام دليله من الحاق الحقوق بالاموال .

(٣) **قوله** : لا يبعد ان لا يبطل ، اقول في كتب الشافعية ان مات الاجنبي انتقل الخيار الى العاقد .

وعلفه ويشترط ان يكون المتصرف لنفسه ﴿ **غير تعرف** ﴾ لحال المبيع كما لو ركض الفرس ليتعرف جريه او نحو ذلك ، وانما يبطله ما كان ﴿ **كالتقبيل** ﴾ للأمة وقال زيد التقبيل للأمة لا يكون مبطلا لأنه لا يستلزم الرضا لجواز فعله مع التحريم ﴿ **والشفع** ﴾ لمبيع المخير فيه سبب لشفعته فانه يبطل لأنه كاشف عن الامضاء للبيع ﴿ **و** ﴾ مثله ﴿ **التأجير ولو الى المشتري** ﴾ اذا كان الخيار للبائع واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو اشتراه المشتري مسلوب المنافع فأجره فان ذلك لا يبطل خياره اذ لا حق له في المنفعة فهو فضولي في التصرف فيها فلا حاجة الى هذا لأن هذا ليس تصرفاً لنفسه ﴿ **و** ﴾ يبطل الخيار ﴿ **بسكوته لتمام المدة** ﴾ المضروبة للخيار لما عرفناك من أن المؤقت يسقط لفوات (لتمام) وقته بشرط ان تنقضي المدة حال كونه ﴿ **عاقلا** ﴾ اما لو مضت وهو نائم او مغمى عليه فلا ، ويبطل خيار الساكت العاقل ﴿ **ولو جاهلا** ﴾ كون السكوت مبطلا او جاهلا مضي المدة لأن الاسباب لا يشترط فيها العلم بل كما في الضمانات ، وانما يشترط فيها عدم المانع لكن كون نحو النوم والاغمى مانعاً عن بطلان الخيار محل [1] نظر ﴿ **و** ﴾ يبطل الخيار ﴿ **بردته** ﴾ اي ردة صاحبه واستمرار كفره ﴿ **حتى انقضت** ﴾ مدة الخيار فان المردة [2] كالموت الا انه يلزم ان لا يعود الخيار باسلامه في المدة لامتناع بطلان شيء ثم صحته فالحق بقآ الخيار موقوفاً على اسلامه في المدة والموقوف غير باطل .

---

(١) **قوله** : محل نظر ، اقول وذلك لأنه يستحق مدة معلومة فصح له في كل لحظة منها ان يختار المبيع او يرد فباغمائه يبطل وصف المدة لتعذر ادراك الاختيار او الرد ، فالقياس ان لا يعتد بمدة الا غما اذ هي بمثابة العلم في حقه هذا تقرير مرادهم من انه لا بد من مضي المدة وهو عاقل ، والشارح نظره ولم يذكر وجهه وكأنه يقول المضروب له مدة وقد مضت ، قلنا لكن مدة يختار في اي جزء منها ولا يتم الا وهو عاقل ، وفي الارشاد وشرحه الا مداد انه ينتقل خيار المجلس والشرط بالجنون والاغماء والنوم الى الوارث ان تأهل ولو عاماً كالامام لبيت المال والا نصب الحاكم من يفعل له ما فيه المصلحة ولا يخفي قرب هذا .

(٢) **قوله** : لان الردة كالموت ، اقول : قد سمعت منع الحكم في الاصل فهذا قياس ليس فيه الا الكاف فان ثمة دليل آخر والا ثبت له الخيار بعد الردة ، قال المصنف في الغيث ليس اللحوق كالموت في جميع الاحكام الا ترا انه اذا عاد يرجع له من ماله ما لم يستهلك فكما رجع المال يرجع له الخيار ، ويأتي انه اذا لحق بدار الحرب انتقل الخيار الى وارثه ، وبه يعرف ان مجرد الردة لن تبطل خياره اذ لو بطل بنفس الردة لم يستحقه الوارث .

فصل

﴿ **واذا انفرد به** [١] **المشتري عتق عليه** ﴾ العبد اذ قد ملكه لانبرام العقد من جهة البائع وقال ابو حنيفةوقول للشافعي[٢] لو ملكه لملكه[٣] وبدله **وأجاب المصنف** بأنه ملكه[٤] بشرط انقضا المدة وهو جواب لم يرد فيه على الاعتراف بمذهب الخصم لأن الملك اذا كان مشروطاً بانقضاء المدة لم يتحقق المشروط قبل حصول شرطه وذلك معنى نفي الملك في الحال وعدم ملكه في الحال مستلزم بقاءه في ملك البائع وذلك موجب لعدم العتق واما قول المصنف انه ملكه لحصول سبب الملك وهو العقد فغفلة عن كون السبب انما يؤ ثر المسبب عند وجود الشرط ﴿ **و** ﴾ ح يعلم ان الكلام في قوله ان المشتري اذ انفرد به ﴿ **شفع فيه وتعيب وتلف في يده من ماله فيبطل** ﴾ خياره مبني على ذلك الدليل المنهار ﴿**والا**﴾ ينفرد به المشتري

---

(١) **فصل (واذاانفردبه المشتري)أقول**: على ماحققناه وقررناه من انه لم يُقم دليل على شرط خيارلا يحتاج الى الكلام على هذا الفصل ، لكن نبين مرادهم لايضاحه وايضاح ما فيه .

(٢) **قوله** : وقول للشافعي ، اقول : في الغيث ان للشافعي ثلاثة اقوال اصحها مثل قولنا ، والثاني انه لا ينتقل الى ملك المشتري حتى تمر مدة الخيار والثالث يراعى . قلت مراده بمراعي موقوف والذي في شرح المنهاج للدميري ، واذا اشترى من يعتق عليه فانه يمتنع شرط الخيار فيه للمشتري وحده لانه يلزم من ثبوته عدم ثبوته الى لفظه وذكر لهم ثلاثة اقوال في الخيار من حيث هو وانه اذا انفرد به المشتري فملك المبيع له وان كان للبائع فله وان كان لهما فموقوف . والظاهر والله اعلم انه التبس على الناقلين لمذهب الشافعية فجعلوا الثلاثة الاقوال لانفراد المشتري وهو غلط على الشافعية ، وفي البحر ذكر له قولين ونصهم كما سمعت انه لا يجري خيار الشرط للمشتري وحده فمن يعتق عليه والذي يقوي عند النظر انه يدخله خيار الشر عند انفراد المشتري بمن يعتق عليه ولكنه لا يعتق لأن العقد مجموع امضاء البائع والمشتري ، ومع الخيار فلا امضاء فلا يتحقق ذلك فلا عتق ، ولظاهر احاديث الخيار كقوله صلى الله عليه وآله وسلم لابن عمر « وانت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال » وفي لفظٍ ايام كما تقدم وبقوله في حديث ابن حبان بن منقذ ولك الخيار بثلاثاً ، ولم يفصل في الخبرين بين من يعتق عليه ولا غيره وهي ظاهرة في انفراد المشتري وعامة في كل خيار .

(٣) **قوله** : لو ملكه لملكه وبدله ، اقول كأنه يريد انه لا يطالب بالثمن الا بعد مضي المدة كما صرحوا به فيكون مالكاً للثمن والمبيع وفيه تأمل .

(٤) **قوله** : ملكه بشرط انقضاء المدة ، اقول : فكان القياس ان يكون العقد موقوفاً على انقضاء المدة كالكتابة على الايفاء .

﴿ **فالعكس** ﴾ من هذه الاحكام ﴿ و ﴾ اما ﴿ **الفوائد** ﴾ الاصلية والفرعية التي لا يستلزم سببها بطلان الخيار كما في فوائده لو استعمله غاصب او كان مؤجراً قبل البيع فانها ﴿ **لمن استقر له الملك** ﴾ الا ان القياس ان الفرعية لمن يتعلق به ضمانة في مدة الخيار لأن الخراج بالضمان ﴿ و ﴾ من استقر له الملك فان ﴿ **المون عليه** ﴾ الا ان هذا رد الى جهالة ، والحق انها تتبع الخراج كما في المكاتب المتردد بين ملكين ﴿ و ﴾ اما قوله ان خيار الشرط ﴿ **ينتقل الى وارث من لحق** ﴾ بدار الحرب ﴿ و ﴾ الى ﴿ **ولي من جن و** ﴾ الى ﴿ **صبي** ﴾ شرط وليه الخيار لنفسه في بيعه او شرائه عن الصبي ثم ﴿ **بلغ** ﴾ الصبي في مدة الخيار فقد اسلفنا لك ان خيار الشرط [1] انما يثبت لمخصوص فاثباته لغيره عند بطلانه منه مفتقر الى دليل ولو انتقل الى غيره لوجب ان ينتقل الى وارث من مات وقد تقدم انه لا يورث لان سببه كسبب خيار الرؤية كلاهما لم ينشأ عن نقص في المبيع مستحق بدله فيورث ، وانما هما مجرد تسليط على الرد اثبت لمخصوص فلا يثبت لغيره ﴿ و ﴾ خيار الشرط ﴿ **يلغو في النكاح** ﴾ لو قال زوجتكها ولك اولي الخيار في امضاء النكاح او عدمه ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ **الطلاق** ﴾ لو قال طلقتك ولي ولك الخيار في امضاء الطلاق او عدمه ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ **العتاق والوقف** ﴾ لو قال اعتقت او وقفت ولي ولك الخيار ، والسر في ذلك [2] ان كلا منها انشاء لا يعتبر فيه التعاوض بين متعاقدين ولهذا صح الخلع والكتابة على الخيار مع انهما طلاق وعتاق ، لما اعتبر فيهما العوض على ان خيار الاجازة يدخل النكاح والطلاق والعتاق ، وهو من خيار الشرط في الحقيقة ، فان قول الفضولي انكحتك ابنةفلان اونكحت ابنتك لفلان وله الخيار نكاح بشرط الخيار سواء صرح به او لم يصرح به ، وكذلك طلقت زوجة فلان ، او اعتقت عبده على كذا وله الخيار ﴿ و ﴾ شرط الخيار ﴿ **يبطل الصرف والسلم** ﴾ قال المصنف

---

(١) **قوله** : انما يثبت لمخصوص ، اقول : لا يخفاك انه جعل المدعا دليلا فان ثبوته لمخصوص هو محل النزاع .

(٢) **قوله** : والسر في ذلك ان كلا منهما انشآا قول بل السر فيه ان الشارع قال البيعان بالخيار فخصهما به فلا يثبت الا في عقد معاوضة محضة واقعة على عين لا منفعة لازمة من الجانبين ، فيخرج بالمعاوضة غيرها كالهبة على غير عوض والابرا والوقف والعتق والطلاق وبالمحضة غيرهـا كالصلح عن دمٍ والنكاح والخلع وباللازمة والجائزة من الجانبين كالشركة والوكالة والقراض والعارية والوديعة والجعالة ، او من احدهما كالوكالة والرهن والضمان ، افاده الارشاد وشرحه الامداد ، وقريباً منه في شرح الاثمار .

لاعتبار التقابض فيهما في المجلس وفيه نظر [١] فان الخيار لا يمنع التقابض ولا يريد بأبطاله لهما انه لو شرط لأبْطَل مطلقاً بل ﴿ **ان لم يبطل في المجلس** ﴾ قبل ان يتفرقا ﴿ **و** ﴾ شرط الخيار يبطل ﴿ **الشفعة** ﴾ ايضاً لانه يكشف عن تراخٍ وتردد والتراخي مبطل لها بشروطه الآتية ان شاء الله تعالى .

فصل

﴿ **و** ﴾ **موجب** [٢] **خيار العيب هو** ﴿ **ما ثبت** ﴾ اي تقدم العقد من العيوب وان انقطع حال العقد ﴿ **او حدث في المبيع قبل القبض** ﴾ اذ لو حدث [٣] بعده لما ثبت به الرد اتفاقاً .

---

(١) **قوله** : وفيه نظر ، اقول عند الشافعية ان الصرف والسلم وبيع الطعام لا يدخلها خيار الشرط وعللوا ذلك بانه يمنع التأجيل فيهما والخيار اعظم ضرراً منه لبعد الملك او لزومه ، فقول المصنف لاعتبار التقابض اي تقابضاً ينفذ معه الملك .

(٢) **فصل** وموجب خيار العيب ، اقول : اعلم انه يجب على البائع وغيره ممن علم العيب ان لا يكتمه على المشتري لأنه قد ثبت حديث من غشنا فليس منا اخرجه مسلم ، وحديث « المسلم اخو المسلم لا يحل لمسلم باع من اخيه بيعاً وفيه عيب الا بينه » اخرجه البيهقي من حديث عقبه بن عامر واخرج ان رجلا شرا ناقه من دار واثله ابن الاسقع قال فلما خرجت ادركنا واثلة بن الاسقع وهو يجر رداه قال يا عبدالله اشتريت قلت نعم قال فهل بين لك ما فيها قلت وما فيها قال انها سمينة ظاهرة الصحة ارت بها لحماً ام ارت بها سفراً قال قلت بل ارت الحج عليها قال ان بخفها نقبا ، فقال صاحبها أصلحك الله ما تدري بهذا تفسد علي قال اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول « من باع شيئاً فلا يحل له حتى يبين ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك الا بينه » .

(٣) **قوله** : اذ لو حدث بعده لما ثبت به الرد اتفاقاً ، اقول : الاتفاق غير صحيح فان مالكاً يقول بالعهدة وان خالفه في ذلك فقهاء الامصار وسلفه من ذلك اهل المدينة الفقهاء السبعة وغيرهم ، ومعنى العهدة ان كل عيب حدث في العين المباعة عند المشتري فهو من البائع وهي عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون ، فما حدث في السنة من هذه العيوب الثلاثة بالمبيع فهو من ضمان البائع ، وما حدث من غيرها كان من ضمان المشتري على الاصل وعمدة مالك في اثبات العهدة عمل اهل المدينة ، واستدل اصحابه بحديثين معلولين ، وعمدة غيره في نفيها انه لم يثبت فيها اثر ولأنها مخالفة

قلت الا ان يكون العقد بخيار روية او شرط فقد تقدم تصحيح ان تعيبه في يد المشتري لا يمنع الرد بهما لأن القبض معهما كلا قبض فكأن العيب حدث قبل القبض وسواء تقدم ذلك العيب القبض ﴿ وبقي ﴾ مع المشتري ﴿ او ﴾ زال حال القبض ثم ﴿ عاد مع المشتري ﴾ كالصرع والاباق ﴿ وشهد عدلان ذو خبرة فيه ﴾ أي في عيب المبيع كاهل كل حرفه فيما يمارسونه بها من الأعيان ، وكذا من له وفور عقل وحدس يدرك به العيوب وان لم يمارس ما هي فيه ، فاذا شهد العدلان ﴿ انه عيب ينقص القيمة ﴾ هكذا اعتبروا نقصان القيمة لا الثمن لكن لا حاجة الى اعتبارها الا لمعرفة قدر الارش عند امتناع الرد ، واما مع الرد فيكفي معرفة كونه لا يشتري مع العيب بذلك الثمن عادة ، ولهذا لا يجب الا رد الثمن لا القيمة على انه تقدم ان الرد بخيار فقد الصفة من الرد بالعيب ، وقد يكون فقدها موجباً لزيادة القيمة لاختلاف الأغراض كما لو اشترى العبد على انه غير خصي فانكشف خصياً فان الخصي يزيد في القيمة لا كنه يخالف غرض المشتري لأنه يريد ان يحصن به امته او نحو ذلك ، وباعتبار الثمن لا يرد شيء من ذلك . فاذا ثبت النقص بالعيب ﴿ رد به ﴾ لحديث رد المصراة تقدم وحديث ان رجلاً ابتاع غلاماً فوجد به عيباً فخاصم بائعه الى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم فرده عليه فقال له البائع قد اشتغل غلامي يا رسول الله فقال له النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم الخراج[١] بالضمان الشافعي واحمد والحاكم واصحاب السنن من حديث عائشة رضي الله عنها صححه ابن القطان والترمذي وقال ابن خزيمة لا يصح ، واخرج ابو داود من حديث[٢]

= للاصول فان المسلمين اجمعوا على ان كل مصيبة تنزل بالمبيع بعد قبضه فهي من المشتري فالتخصيص لهذا الاصل الثابت انما يكون بسماع ثابت افاده ابن رشد في النهاية ، الا انه لا يخفي عدم صحة الاجماع مع خلاف الفقهاء السبعة ومالك واهل المدينة .

(١) **قوله** : الخراج بالضمان ، أقول : قال السيوطي في الأشباه والنظائر انه حديث صحيح ، واخرجه الشافعي وابن حبان من حديث عائشة وقال ابن حجر في التحفة معناه ان ما يخرج من المبيع من غلة وفائدة يكون للمشتري في مقابلة انه لو تلف كان من ضمانه اي لتلفه على ملكه فالمراد بالضمان في الخبر المعتبر بالملك إذ آل فيه بما ذكره البائع له صلّى الله عليه وآله وسلّم وهو ما ذكر فقط فخرج البائع قبل القبض والغاصب فلا يملك فوائده فانه لا ملك له وان ضمنه لأنه لوضع يده على ملك غيره بطريق تضمن ، وقريب منه في شرح الروض لزكريا .

(٢) **قوله** : من حديث عقبة ، اقول هو من رواية الحسن عنه وقد اتفقوا على ان الحسن لم يسمع من عقبة بهذا حزم احمد انه لم يثبت في العهدة حديث .

عقبة ابن عامر ان رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلم قال «عهدة الرقيق ثلاثة ايام ان وجد به داءٌ في ثلاث ليالٍ رد بغير بينة وان وجد بعد الثلاث كلف البينة » ولا يرد الا ﴿ **ما هو** ﴾ باق ﴿ **على حاله** ﴾ الأول مع البائع بلا زيادة ولا نقصان فان حصل فيه زيادة او نقصان فسيأتي تفصيل احكامها في ثالث هذا الفصل ان شاء الله تعالى . والرد يصح ﴿ **حيث وجد المالك** ﴾ في موضع العقد او غيره ﴿ **و** ﴾ المشتري اذا رد فانه ﴿ **لا يرجع بما انفق** ﴾ على

= **قوله** : نهى عن ربح ما لم يضمن اقول : في النهاية لابن الاثير هو ان يبيعه سلعة قد اشتراها ولم يكن قبضها فربح فلا يصح البيع ولا يحل له الربح لأنها في ضمان البائع الأول وليست من ضمان الثاني فربحها وخسارتها للأول وهو احد ما ذكر ابن حجر كما نقله الشارح ، وليس في النهاية الا هذا المعنى .

قوله : في اصل ملكه لا في التصرف فيه ، أقول : اذا لم يمكله الا بالقبض فلا يصح بيعه الا بعده والا كان من بيع ما لا يملك وهو غير صحيح ثم لا يخفاك ان هذا التقرير من الشارح رحمه الله موافق لكلامنا فيما سبق ومناقض لما سلف له غير مرة من ان قبض المبيع ليس شرطاً في صحة بيعه الا في الطعام لا غير وهنا قال لا يملك الا بالقبض وانه مناقض لما اسلفه .

قوله : ولا يصح والأصل ان يقال انه ليس القبض شرطاً في اصل الملك للعين المباعة فصح البيع لها قبل القبض ويكون موقوفاً على قبضها كما صح بيع الأبق والمغصوب من قبل قبضهما موقوفاً وجوابه نعم ملك المبيع بالعقد ونهى الشارح عن التصرف فيه قبل القبض فلا يصح العقد على ما لم يقبض لا ناجزاً ولا موقوفاً واما الأبق والمغصوب فهما تحت مالكهما انما عرض مانع من اقباض المشتري لهما فما هو من بيع ما لم يقبض فتأمل .

قوله : وان صح اقول : قد سمعت تصحيح السيوطي له واما التقييد بالعلم للحديث فليس لنا ان نقيده الا بدليل قاهر فان ثبت ان الاستغلال تصرف وان التصرف مبطل للرد ثم التقييد واذا تأملت وجدت نقل الشارح لكلام شرح المشكاة واقعاً في غير محله كتفريعة بعضه عليه ايضاً .

فصل : ولا رد ولا ارش .

قوله : قلنا تبرأ ابن عمر ، أقول: اهمل الشارح تخريجه هنا وقد اخرجه مالك في الموطأ ، ولفظه ان عبدالله ابن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه بالبراءة فقال الذي ابتاعه بالغلام داء لم تسمه لي فاختصما الى عثمان فقال الرجل باعني عبداًوبه داءلم يسمه لي،وقال عبدالله بعته يالبراءةفقضى عثمان على عبدالله ان يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه فأبا عبدالله ان يحلف وارجع العبد ، هذا ولمالك والشافعي تفاصيل في بيع البراءة من كل عيب ذكرها ابن رشد في نهايته .

المعيب قبل الفسخ ، وادعى المصنف عليه الاجماع قال ﴿ **ولو علم البائع** ﴾ لأن المشتري انفق على ملكه بدليل تلفه قبل الفسخ من ماله اجماعاً ، وحكى المؤيد بالله عن الهادي أنّ علم البائع بالعيب تغرير بالاتفاق على المبيع فيضمنه البائع .

واجيب بان الخراج بالضمان ، ومن جملة الضمان حفظه بالانفاق .

﴿ فصل ﴾

﴿ **ولا رد ولا ارش حيث تقدم العلم** ﴾ من المشتري بالعيب لأن دخوله في العقد رضا بالعيب حال العقد ﴿ **ولو اخبر بزوال ما يتكرر** ﴾ لأن الرضا بالمظنة رضا بالمئنة ﴿ **او رضى** ﴾ بالعيب ﴿ **ولو** ﴾ كان العيب في بعض المبيع ورضى ﴿ **بالصحيح منه** ﴾ فان الرضآ ببعض المبيع رضآ بالعقد اذ الفرض انه واحد والعقب الواحد لا يتصف بالصحة والبطلان لاجتماع النقيضين ﴿ **او طلب الاقالة** ﴾ لأنها فرع لزوم البيع كما تقدم في قول السيد لعبده الناكح بغير اذنه طلق الا ان القياس اعتبار علمه بكون طلبها مبطلاً كما سيأتي في بعض مبطلات الشفعة ان شاء الله تعالى ﴿**او عالجه**﴾ بدوآ رجا زواله أو ﴿**زال**﴾ العيب ﴿ **معه او تصرف** ﴾ في المبيع ولو اخر قوله ﴿ **بعد العلم** ﴾ بالعيب عن قوله ﴿ **أي تصرف** ﴾ وقدم العلاج ليكون قيداً لطلب الاقالة ، وللتصرف لكان صواباً لأنهما لا يكونان مبطلين الا بعد العلم بالعيب واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو تصرف تصرفاً يعتاد الناس مثله في ملك غيرهم ولا ينكره المالك او تصرفاً لاختبار قيمته او ركبه ليسقيه او نحو ذلك ﴿ **او** ﴾ كان قد ﴿ **تبرء البايع من جنس** ﴾ من العيوب قد ﴿ **عينه او** ﴾ تبرأ من ﴿ **قدر منه وطابق** ﴾ الواقع منه ذلك القدر لأن ذلك اعلام له بالعيب وقد عرفت ان تقدم العلم بالعيب مبطل لا لو تبرأ من العيوب جملة فإن التبري كذلك لا يبطل الرد خلافاً لزيد والمؤيد وأبي حنيفة ، قلنا[1] تبرأ ابن عمر من عيوب غلام باعه من زيد بن ثابت فرده عليه بدآء وجده فيه فاختصما الى عثمان فقضا . على ابن عمر بارتجاعه في محضر من الصحابة ولم ينكر ، قالوا السكوت في الاجتهاد يأت لا يستلزم الاجماع وكبيع صبره مجهولة لم توصف بجامع الخطر ﴿ **لا** ﴾ لو تبرأ البائع ﴿ **مما حدث** ﴾ من عيب بعد العقد ﴿ **قبل القبض فيفسد** ﴾ العقد اذا كان شرطاً

مقارناً له لرفعه موجب العقد اذا الرد بالعيب من موجباته لكن لا دخل[١] لهذا الاستدراك في المقام لأن الكلام فيما يبطل الخيار لا فيما يفسد العقد.

﴿ فصل ﴾

﴿ و ﴾ المشتري ﴿ **يستحق**[٢] **الارش** ﴾ وهو ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً منسوباً ذلك الى الثمن كما لو كانت قيمة المبيع صحيحاً ستين ديناراً ومعيباً اربعين وثمنه ثلاثون فانه ينقص من الثمن ثلثه وهو عشرة فقط ﴿ **لا الرد الا بالرضا** ﴾ واستحقاق المشتري العشرة يكون ﴿ **بتلفه او بعضه في يده** ﴾ اي بعد قبضه.

قلت: يأبى ذلك خبر المصراة، الا ان يقال اتلاف لبنها للتعرف فينبغي أن يقال غالباً ليحترز به عن مثل ذلك . والرد يمتنع ﴿ **ولو** ﴾ كان التلف ﴿ **بعد** ﴾ رده و ﴿ **امتناع البائع عن القبض** ﴾ له ﴿ **او** ﴾ عن ﴿ **القبول** ﴾ للرد ﴿ **مع التخلية** ﴾ بينه وبينه الا ان يقبضه الحاكم بعد حكمه بالعيب ويقول خلِّ بينه وبينه كفى ذلك عن قبض البائع او قبوله ، وقال المنصور والناصر والشافعي لا يفتقر الى رضا البائع فينتقل عن ملك المشتري بمجرد الرد فيتلف بعده من مال البائع قلنا لا ينتقل ملك مالك الى غيره الا برضا الغير او حكم حاكم ، قالوا ملكٌ غير مستقر لأنه مشروط في المعنى بعدم الرد فهو كخيار الشرط مع الاجماع على شرعها فالذي لا ينتقل الا برضا او حُكْم هو المبوت والا لزم في خيار الشرط.

نعم يحتاج الى الرضا او الحاكم فيما كان العيب مختلفاً في صحة الرد به لا في المجمع عليه ﴿ و ﴾ كذا يستحق الارش فقط ﴿ **بخروجه او بعضه عن ملكه قبل العلم** ﴾ بالعيب ﴿ **ولو بعوض** ﴾ وقال ابو العباس وابو طالب وابو حنيفة خروجه عن ملكه بعوض يبطل[٣]

---

(١) قوله : لكن لا دخل لهذا الاستدراك ، قد يقال ذكره استيفاء لاحوال العيوب فإن منها ما لا رد ولا ارش معه ومنها ما يفسد ومنها ما يستحق به الارش لا الرد ومنها ما يخير.

(٢) فصل : ويستحق الارش لا الرد ، اقول سيأتي للشارح انه لا دليل على هذا الاستحقاق ويناقش فيه وهذا هو القسم الثاني من احكام العيوب ، والأول ما لا يستحق معه ارش ولا رد وقد مضى ، والثالث التخيير بين الاخذ وارش القديم او الرد وارش الحديث ، والرابع احكام الزيادة.

(٣) قوله : يبطل الرجوع ، اقول: وهو قول الشافعي قال ابن رشد ووجه قولهم انه فات المبيع وقد اخذ عوضاً من غير ان يعتبر تأثير العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن.

الرجوع على البائع بالارش الا ان يرجع عليه المشتري الآخر بارش العيب رجع هو على البائع به ، وادعا فيه الاجماع ، وانما يبطل رد المعيب بالخروج عن الملك ﴿ **ما لم يرد عليه بحكم** ﴾ لأن الحكم ابطال لأصل العقد ، وقال الناصر والشافعي وخرجه ابو العباس وابو طالب للهادي ، وكذلك بغير حكم كما في التراجع بالارش ، قلنا الرد بالتراضي كعقد جديد ، قالوا محل النزاع بل هو فسخ لما تقدم ﴿ **و** ﴾ يتعين الارش فقط ﴿ **بتعيبه معه** ﴾ اذا كان التعيّب ﴿ **بجناية** ﴾ لا لو حدث به عيب آخر بآفة سماوية ولا بد ان تكون الجناية مما ﴿ **يعرف العيب بدونها** ﴾ اما لو لم يعرف الا بها كلبس ثوب اصابه ماء البحر فاظهر اللبس عيبه ، او مأكول من الانعام داوه في بطنه لا يظهر الا بالذبح فالحكم ما سيأتي من التخيير لكنه يأباه حديث المصراة لأن احتلا بها لا يعرف العيب بدونه ولم يجز النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم فيها التخيير[١] الآتي بل الزم اخذها بلا شيء وردها مع صاع من تمر ، ولا بد ان تكون الجناية ﴿ **ممن تضمن** ﴾ جنايته لا لو جنى عليه ما جرحه جبار كبهيمةغير عقور او سبع ﴿ **وفي عكسها** ﴾ اي عكس هذه القيود بان لا يكون بجنايةبل بآفة[٢] سماوية او بجناية لكن لا

(١) **قوله** : التخيير الآتي ، أقول : هو بين اخذها وارش القديم اوردها وارش الحديث ، وتقرير مراد الشارح بقوله لكنه يأباه الخ ، ان خبر المصراة لو سلك بها هذا القبيل فان شاء اخذها وارش القديم وان شاء ردها وارش الحديث والشارع لم يوجب ارش للعيب القديم وهي التصرية يستحقها المشتري على البائع ان احب اخذ المصراة ولا أوجب ايضاً للعيب الحديث ارشاء يلزم المشتري للبائع ان رد المبيع المعيب لا يقال الصاع الذي رده المشتري هو ارش العيب الحديث لأنا نقول يأتي للشارح انه قيمة اللبن وهو جزء من المبيع وهو الحق ولا يقال اسقاط الصاع عن المشتري ان رضى المصراة مقابل للارش القديم لأنانقول انما سقط لأنه صار اللبن ملكاً له فلا غرامة عليه لا انه في مقابل عيب التصرية ، نعم العيب الحديث في المصراة كان عن سبب قبل القبض فلا شيء فيه فيتم ايراد الشارح على ايجاب ارش العيب القديم فلو اخر حديث المصراة الى شرح قوله الا عن سبب الخ ، وقد مثلوا ذلك بما لو اشترى جارية حاملاً فانكشف فيها عيب ثم ولدت فحدث بولادتها نقصان بسبب الولادة فان العيب الحادث بالولادة متولد عن سبب كان من البائع وهو الوطي فان شاء اخذها وارش المعيب وان شاء ردها بلا ارش العيب الحادث.

(٢) **قوله** : بآفة سماوية ، أقول: في المنار الظاهر في هذه انه لا يتعين الا رش اذ لا وجه لاستحقاق البائع ارش الآفة السماوية اذ لا ارش لها فالحق قول المؤ يد بالله وانظر قول المصنف في الصورة الثانية ان البائع لا يستحق عوض الجناية اذا حدثت في غير ملكه مع ان الجناية مضمونة في نفسها ، واما الآفة

يعرف العيب الا بها او ممن لا تضمن جنايته فانه ﴿ **يخير** ﴾ المشتري ﴿ **بين اخذه** ﴾ اي المعيب ﴿ **وارش** ﴾ العيب ﴿ **القديم او رده وارش الحديث** ﴾ وقال المؤيد بالله والفريقان لا رد مع حدوث اي عيب ، لنا ان كون غير الجناية الجامعة للقيود مانعاً من الرد حكم شرعي وضعي يحتاج الى دليل ، والأصل عدمه ، قالوا البائع صار كالمشتري لا يلزمه قبول المعيب بالعيب الحادث ، قلنا لزمه بالقديم والثاني لا يصلح مانعاً.

قلت : ولأن ملك المشتري قبل الرضى بالعيب كالموقوف كما تقدم ﴿ **الا** ﴾ ان يكون الحديث متولداً ﴿ **عن سبب** ﴾ موجود ﴿ **قبل العقد** ﴾، الصواب قبل القبض ﴿ **فلا شيء** ﴾ على المشتري من ارش الحديث بل يرد المبيع بعينه بلا ارش لأيهما وقد عرفت معرفة كيفية الارش ﴿ **فان زال احدهما** ﴾ اي احد العيبين مقتضى الرد ومانعه ﴿ **فالتبس ايهما** ﴾ الزائد وتخاصما في تعيينه ﴿ **تعين الأرش** ﴾ على البائع للمشتري ويمتنع الرد ، قال المصنف لأن الأصل في كل من المعيبين عدم ارتفاعه بخصوصه فاثبتنا لكل منهما حقاً واسقطنا عليه آخر.

قلت : بل لأن مانع الرد قد تحقق وهو اصل ثانٍ ويجب البقاء عليه كما لو تنازع الزوجان في وقوع الطلاق وعدمه فانه يحكم بالاصل الثاني اعني النكاح وان كان الأصل الأول هو عدمه ﴿ **ووطؤه ونحوه** ﴾ من تقبيل او لمس لشهوة ﴿ **جناية** ﴾ تمنع الرد سواء كانت الموطوة بكراً او ثيباً ، وقال زيد ومالك والشافعي والبتي ، وعن احمد انما يبطل رد البكر فقط كما لو وطيها غيره لأن ذلك نقص وعيب بخلاف وطأ الثيب فانما هو تصرف لا ينقص به قيمة الموطؤ ن كالحمل على الدابة، ومثله لمس البكر وتقبيلها لشهوة، قلنا حكم بذلك **علي عليه السلام** قالوا ان صح فمحمول على انه وطيها بعد العلم بالعيب جمعاً بين الأدلة ﴿**و**﴾ يبطل الرد ويتعين الارش ﴿**بزيادته**﴾ أي المبيع ﴿**معه**﴾ أي مع المشتري و ﴿**ما لا ينفصل**﴾ بدل[1] من الضمير المجرور في المصدر.

= السماوية فانه لا عوض لها في ذاتها وقد حدثت هنا في غير ملكه انتهى ولا يخفى قوة ما اختاره ووضوح دليله.

(١) **قوله** : بدل من الضمير المجرور في المصدر ، اقول: الا ظهر انه مفعول للمصدر اي زاد شيئاً لا ينفصل.

قلت : الا انه لا يخفا عدم مناسبة[١] الزيادة لمنع الرد ، والمانع يجب ان يكون مناسباً كالمقتضى ولا بد ان تكون تلك الزيادة ايضاً ﴿ **بفعله** ﴾ كما لو حرث الارض او صقل السيف او قصر الثوب ﴿ **و** ﴾ اما ﴿ **في** ﴾ المزيد ﴿ **المنفصل** ﴾ [٢] فانه ﴿ **يخير بين اخذ الارش او القلع** ﴾ لذلك المزيد الذي لم ينفصل ﴿ **والرد فان تضرر** ﴾ المبيع بالفصل ﴿ **بطل الرد لا الارش** ﴾ فيستحقه على البائع وقال الامام يحيى يخير بين رده وارش الحديث او اخذه وارش القديم ، قلنا تضرر بجناية منه .

واجيب: بانه غير متعد في الزيادة وهي السبب ولا في الفصل لأنه مستحق له ، فهو كالمأذون في الأمرين ، كما في التعرف ، وان كان فيه ما قدمنا من منافاة خبر المصراة لاستحقاق اختيار ارش القديم .

﴿ **و** ﴾ اعلم انه ﴿ **لو كان الزائد بها** ﴾ هو ﴿ **ثمن المعيب** ﴾ لا نفسه لأنها لم تزد على المعيب انما زيدت على ثمنه حال [٣] كون الثمن ﴿ **قيمياً سليماً لم يبطل الرد** ﴾ بتضرره بفصل الزيادة ولا حاجة الى التقييد بالقيمى والسليم لأن المثلى غير[٤] النقد كذلك والثمن المعيب ايضاً لأن كونه معيباً لا يمنع [٥] اختيار صاحبه لاسترجاعه ، ولا يخفى ما في تركيب عبارته من الانغلاق ، ولو قال فان تضرر بطل الرد لا الارش لا لو زيدت على ثمن غير

---

(١) **قوله** : عدم مناسبة الزيادة لمنع الرد ، أقول: وجه المناسبة انه لا يلزم البائع الا قبضٌ عين مبيعه ان الزم باسترجاعه ، وبعد زيادته ليس هو عين مبيعه ضرورة فلا يلزمه قبوله فناسب منع الرد .

(٢) **قال** : وفي المنفصل يخير ، اقول : في المنار على البحر لا وجه لتخيير المشتري في مثل هذا بل يرد او يرضى ولا شيء له لأن المنفصلة بغير ضرر كالمعدومة ، قلت وهو قويم .

(٣) **قوله** : حال كون الثمن ، أقول: احسن بهذا التقرير لدفع توهم ان قيمياً خبر كان ، كما قال شارح الفتح ، ان عبارة الأزهار توهم ذلك، مع ان خبره ثمن المعيب .

(٤) **قوله** : لأن المثلى غير النقد ، أقول : قد سبقه الفتح الى ذلك حيث قال وكذا اذا كانت الزيادة والتسليم المقابل للمعيب ، قال في شرحه ولا فرق بين ان يكون قيمياً او مثلياً .

(٥) **قوله** : لا يمنع اختيار صاحبه ، أقول: المراد بقوله لم يبطل الرد ان الرد حق للمشتري لا يبطل الا بابطاله واسقاطه له ، والثمن المعيب ان استرجعه صاحبه باختياره واختيار البائع فلا يمنع عنه ، ولكن ليس بحق لأحدهما .

نقد لكان[١] اوضح وانما فرقوا[٢] بين زيادتها على المبيع وبين زيادتها على الثمن لأن الكلام في استحقاق رد المبيع ولهذا قيد المصنف الثمن بالسليم لئلا يستحق رده بالعيب فيلزم من حيث كونه مبيعاً مردوداً بطلان الرد مع تضرره ، ومن حيث كونه مسترداً صحته فيجتمع النقيضان ، وهذه صورة قد خرجت من تقسيمه واما قوله انه اذا لم يبطل الرد رد ﴿ **واستحق** ﴾ قابض الثمن ﴿ **قيمة الزيادة** ﴾ التي ردها عليه لئلا يتضرر حق غيره بفصلها ، فلا وجه له في التمليكات لأنه ليس بمعاوضة لاشتراط التراضي فيها ولا ضمان لأن البائع لم يتلفها عليه ، وقد ثبت ان مانع الرد انما هو التضرر في غير الزيادة وكونه مؤثراً للمنع في المبيع دون الثمن مما يفتقر الى دليل ، واما قياسه عدم بطلان الرد بتضرر الثمن على عدم بطلانه بتضرر الزيادة بقوله ﴿ **كلو تضررت** ﴾ الزيادة ﴿ **وحدها فيهما** ﴾ اي في المبيع والثمن فان تضررها لا يمنع الرد وانما يخير صاحبها بين قلعها متضررةً وبين اخذ قيمتها ، فهذا قياس لا صحة له لما عرفناك من ان كونها في المبيع طرد في تأثير المنع ، وانما المنع التضرر المشترك بين المبيع والثمن على ان صاحب الزيادة اذا زادها قبل علمه بالعيب فهو مأذون له بوضعها فيستحق الخيار ان الاتيان في المغارسة ان شاء الله تعالى ، اما قبض القيمة او القلع واخذ ارش ما نقص به منها ﴿ **واما** ﴾ اذا كانت الزيادة ﴿ **بفعل غيره** ﴾ لم يمنع الرد ﴿ **فيرده** ﴾ ويصير النزاع في الزيادة بين الغير

---

(١) **قوله** : لكان اوضح ، اقول: وأشمل الا انه قات عبارته قيد المعيب وكأنه بنى تصحيح العبارة على ما اختاره ، وصاحب الأثمار حول العبارة الى قوله فان تضرر تعين الارش فان كان الزيادة في مقابل المعيب السليم فله القلع والرد ولا شيء عليه فيها غالباً ، وابان شارحه فوائد قيوده بما فيه طول.

(٢) **قوله** : وانما فرقوا ، اقول: في الغيب ان قلت هلا يبطل الرد هنا كالتي قبلها والا فما الفرق؟ قلت قد اجابوا عن ذلك بوجهين ، احدهما ذكره الفقيهان ان في هذه الصورة التركيب على غير المعيب ، وقد تقدم الفسخ على الفصل فلم يكن له ان يضر بملك غيره بالفصل لأنه في حكم المتعدي بوضع الحلية لما انكشف من بطلان العقد فلم يكن له الفصل مع معرفة التضرر به ، وسقط بذلك حق الغير وهو خيار العيب فثبت صحة الرد مع معرفة التضرر واستحقاق قيمة الحلية بخلاف المسألة الأولى حيث الحلية مركبة على المعيب فانه لم يتقدم الفسخ على الفصل بل ثبت الخيار للمشتري والمعيب باق في ملكه فمهما لم يتفق انه يتضرر بالفصل كان ذلك بمنزلة العيب بجنانة فيبطل الرد واستحق الارش ، وهذا كلامه ، الا انه نقضه الفتح بعد نقله له وبعد نقله عن الزهور اجوبة اخر بقوله وفيه ما فيه قال لأن لقائل ان يقول فلو لم يرد المشتري المعيب ويأخذ منه الزيادة كما اخذها البائع في العكس، وتلك الجوابات لا تدفع ذلك ثم ذكر جواباً اخر ، وبها تعرف انهم فرقوا بغير ما فرق به الشارح ويأتي له اذ لا فرق بين مبيع وثمن.

وبين البائع ، فان كانت مما لا ينفصل كالصباغ او ينفصل بتضرر ما هي فيه فلا شيء للغير لأنه متعد بها وليس له الاضرار بالفصل وان كانت مما ينفصل بغير بغير تضرر ما هي فيه فصلها .

واعلم انه يجب رد المعيب حيث يستحق رده بجميع فوائده ﴿ **دون** ﴾ الفوائد ﴿ **الفرعية** ﴾ كالكرا ونحوه فلا يستحق رده ﴿ **مطلقاً** ﴾ اي سواء وقع الفسخ بحكم او بتراض ﴿ **وكذا** ﴾ لا يجب رد الفوائد ﴿ **الأصلية** ﴾ كالصوف واللبن والثمر ﴿ **إلا** ﴾ ان يفسخ المعيب ﴿ **بحكم** ﴾ وجب رد الاصلية لأن[1] الفسخ بالحكم رد ﴿ **رفع** ﴾ للعقد من اصله ﴿ **فيضمن تالفها** ﴾ ان كانت تالفة ، وقال الشافعي اصليها وفرعيها للمشتري سواء كان الفسخ بحكم او بتراض ، لحديث « الخراج بالضمان » ، تقدم ، قلنا الخراج إنما ينطلق على الافادة وهي فرعية ، قالوا فيلزمكم[2] رد الاصلية بلا حكم قلنا لو كانت للمشتري لما ردها

---

(١) **قوله** : بان الفسخ بالحكم ، اقول هذا اشارة الى وجه الفرق بين الفسخ بالتراضي والفسخ بالحكم ، قال المصنف وانما فرقنا بين الحكم والتراضي لأن الفسخ بالتراضي بمنزلة عقد جديد فكان المشتري باعه من البائع بيعاً جديداً فلا يتناول فوائده اذا لم يذكرها بخلاف الفسخ بالحكم فانه فسخ للعقد من اصله فكان المبيع في ملك البائع هو وفوائده ، قال في المنار ان قوله حكم الحاكم فسخ للعقد من اصله دعوى ما لم يؤ يدها برهان وكأنها مبنية على ان للقضاء اثراً في تغيير الاحكام عما هي عليه بحسب الدليل وليس كذلك ، بل هو لِقطع النزاع وفصل الشجار فقط ، وسيأتي تحقيق ذلك في القضاء .

(٢) **قوله** : فيلزمكم رد الاصلية بلا حكم ، اقول : ـ لا يخفى انهم ـ اي الشافعية ـ استدلوا ـ (لعله بعد لزوم ـ) بلزوم رد الجميع من اصلية او فرعية بحكم او تراض بالحديث ، الخراج بالضمان ، فانه لم يفرق بين اصلية أو فرعية ولا بين رد بحكم او تراض واجاب الشارح ان الخراج اسم للفرعية ، فالحديث اوجب ردها لا غير ، ولم يوجب رد الاصلية فكيف يقولون عن الشافعية في جواب هذا يلزمكم رد الاصلية بلا حكم؟ بل كان ينبغي ان يكون الكلام هكذا ، قالوا فيلزمكم ان لا ترد الاصلية مع الحكم لأن الحديث لم يرد الا في الفرعية ولا دليل سواه ، وقوله قلنا : لو كانت اي الفوائد الأصلية للمشتري لما ردها اي العين المباعة وصاعاً من تمر فلما وجب رد الصاع علم انه لم يملك الأصلية وهي اللبن واذا كان لا يملكها وجب عليه ردها ولا يخفاك انه لا يتم هذا ولا يوافق الا كون كلامهم كما قدرنا لا كما نطق به كلامه ، وقوله : قالوا انما الصاع الخ ، جواب منهم ان رد الصاع ليس من محل النزاع فانه ليس ضماناً لغاية الفوائد الأصلية ، بل هو قيمة جزء المبيع وتقريره انه باع الشاة بجميع اجزائها ، ومنها اللبن الذي جمع بالتصرية فاستهلكه المشتري بحلبة ، فوجب عليه رد قيمته وهي ما عينه الشارع فليس ذلك ضماناً للفوائد بل قيمة المبيع لا انه ضمان اللبن الذي يحصل وهو في ملكه وصار فائدة من فوائد المبيع فلا دليل لكم فيه ، وبه تعرف ان قول المصنف في الغيث وقد ورد

وصاعاً من تمر ، قالوا انما الصاع في مقابلة ما كان في الضرع ، وذلك مما شمله العقد فهو بعض المبيع لاخراج ، وقال[١] ابو حنيفة واصحابه فصلها يبطل الرد فيتعين الارش كالجناية ، قلنا[٢] يدفعه الخبر لان الارش انما يكون لنقص ما شمله العقد ، والفرض خلاف ذلك ، وقال مالك لارد الا للولد اذ هو تابع للام لا الثمر لانه لا يتبع ، ولهذا لا يدخل في بيع الأصل ، قلنا خصص الثمر ما سيأتي من بيع النخل المؤ بّر ولولا ذلك لكان كاللبن.

تنبيه لا يخفاك ان أطراف الكلام في رد [٣] المعيب اذا لم يحدث فيه زيادة مع المشترى أربعة الاول لا يستحق فيه الا الرد ، وهو حيث أطلع على العيب قبل زيادة في المبيع ولا نقصان فلم يرض به ، الثاني لا يستحق فيه رداً ولا أرشا ، وهو حيث حصل منه رضا أو ما يستلزمه ، الثالث لا يستحق الرد ، قالوا وانما يستحق الارش وذلك حيث تلف المبيع أو خرج عن يده أو بعضه أو تعيب بجناية يعرف العيب بدونها ممن تضمن جنايته الا انه لا مستند لهم في استحقاق الارش على البايع لان مانع الرد لا يصلح [٤] مقتضياً للارش ، ولهذا لم يقتضه في الطرف

= خبر المصراة برد الفوائد الاصلية ، لكنه عندنا مخالف للأصول فلا يقاس عليه غير صحيح فانه انما ضمن المشتري ما اتلفه من المبيع اعني اللبن المجتمع عند البائع وهي في ملكه فتأمل.

(١) **قوله** : وقال ابو حنيفة ، اقول: في نهاية المجتهد وقال ابو حنيفة الزوايد كلها تمنع الرد وتوجب ارش العيب الا الغلة والكسب ، وحجته ان ما تولد عن المبيع داخل في العقد فلما لم يمكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك قوياً يقتضي ارش العيب الا ما خصه الشارع من الخراج والغلة.

(٢) **قوله** : يدفعه الخبر ، اقول: يعني ردها وصاعاً من تمر الا انه اسلف قريباً ان المردود ليس من ضمان الفوائد بل قيمة ما استهلكه من المبيع.

(٣) **قوله** : في رد المعيب ، أقول : الاولى في حكم المعيب لان في هذه الاطراف ما ليس برد ، والطرف الاول هو مفاد الفصل الاول ، والثاني ، والثاني والثالث مفاد صدر الفصل الثالث والرابع مفاد عكسها ، وفي الفتح وشرحه جعل الاطراف خمسة لانه جعل الزيادة طرفاً أيضاً .

(٤) **قوله** : لا يصلح مقتضياً للارش ، أقول : لا يخفى انه لم يجعل نفس المانع وهو تلف المبيع بعينه مقتضياً للارش على البايع بل مقتضيه نفس العيب المنقص للقيمة التي صارت الى المشتري لانها من مال المشتري لا تحل للبايع فانه لم يشتر منه الا عيناً سليمة فانكشاف العيب بل على ان ما سلمه من الثمن لا يستحقه البايع وانما يستحق قيمة المعيب فالزيادة عليه باقية على ملك المشتري ، ويأتي له التصريح بان الزيادة المذكورة يقبضها البايع باطلة ، نعم فحيث كانت العين المشتراة قايمة بحالها أستحق المشتري على البايع ارجاعها وقبض ماله ، فانها غير ما وقع عليه التراضي ، وحيث خرجت

الثاني ولو أقتضاه لما أمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم برد المصراة مع صاع من تمر مع انه قد نقص المبيع ، فان قيل ان احتلا بها انما كان لاختبارها كما هو الطرف الرابع ، وهي ان ينقص المبيع بجناية ليعرف حاله أو جناية من لا تضمن جنايته اولا بجناية رأساً بل بآفة سماوية والمشتري في هذا الطرف مخير بين أخذ المبيع مع أرش المعيب القديم أورده مع أرش الحديث ، قلنا لا نسلم التخيير ، كيف ولم يثبت خبر المصراة غير الرضا بها أوردها مع عوض ما تلف من المبيع ؟ ولم يلزم البايع شيئاً ولان خيار العيب على التراخي فتعيبه قبل الرضا كتعيبه في مدة خيار الشرط ، وقد علمت ان التعيب في مدة خيار الشرط لا يمنع الرد فكذا في مدة خيار العيب لانه يثبت بشرط الله تعالى وشرط الله أوثق وحكمه أولى وأسبق .

وأما أطراف الكلام في الزيادة فسبعة لانها أما ان تكون بفعله أو غيره مضروبين فيما

= عن حالها بزيادة أو نقصان لم تبق هي عين مال البايع فأستحق القدر المقابل للعيب ولم يستحق رد العين على البايع لانها غير العين التي خرجت من يده فالمانع للرد خروج عين المبيع عن حالها والمقتضي للارش هو نفس العيب لا مانع الرد .

قوله : ما يروي عن علي عليه السلام ، أقول : في الشفا انه عليه السلام قضى في رجل شراء جارية فوطيها ثم وجد بها عيباً أنها تلزمه أي يمسكها وقضى له على البايع بنقصان العيب وما روى عنه انه قضى عليه بعشر الثمن فقد قال زيد ابن علي انه قد كان قدراً لنقصان .

قوله : لا على تسليم ، أقول : ان أراد أنه وقع في نفس الأمر على المعيب فنعم ولا ضير فيه ، وأما العقد والرضا فما وقع الا على عين سليمة في ظن المشتري ولا رضي الا بها ولا عقد الا عليها ولا أراد سواها فان ظهر خلاف ذلك لم تكن تجارة عن تراض والا لما وجب له الشارع حق الرد في حديث المصراة وحديث الغلام كما سلف فكلام الشارح يقضي بسد باب العيوب بالكلية رداً وأرشا فالتسع الخرق .

قوله : لا يقال انه مشروط الخ ، أقول : ليس بمشروط بل بيع ناجز نافذ فان وجد المشتري عيباً فقد جعل له الشارع على رده سلطان وعلى أرشه ايضاً كما اسلفناه .

قوله : الا ان خبر المصراة ، أقول : ايجاب رد عوض اللبن الذي هو جزء المبيع كشف على ان البيع للمعيب قد أنعقد وتسلط المشتري عليه والا لكان اثما باستهلاكه اللبن ، وكشف أيضاً على انه لم يقع الرضا بالمبيع والعقد والرضا به الا اعتماداً على انه سليم بري عن العيوب فلما ظهر خلاف ذلك أستحق المشتري على البايع ارجاعه .

قوله : يمنع لزوم الارش على التقديرين ، أقول : تقدم لك بيان لزومه على التقديرين .

يمكن انفصاله من الزيادة وما لا يمكن انفصاله أربعة لكن المنفصل أما مع تضررها نفسها أو تضرر المبيع أو كليهما ، او لا مع تضرر رأساً صارت سبعة أطراف ، قالوا فالتي بغير فعله ولا تنفصل يرد معها ولا شيء اتفاقاً ، والتي بفعله ولا ينفصل تبطل الرد وتوجب الارش ، وفي وجوب الارش على البايع ما قدمنا وفي المنفصلة بغير فعله مع تضرر المبيع لا شيء وبدونه يفصل لا غيره ، وبفعله بلا ضرر ، قالوا يخير بين الفصل والارش ، وفيه ما قدمنا ومع التضرر يبطل الرد ويستحق الارش وفي استحقاقه ما قدمنا فان لم يتضرر غير الزيادة فلا يمتنع الرد بل يخير صاحبها بين قلعها متضررة وأخذ قيمتها والقياس الخياران الآتيان في المغارسة ان شاء الله تعالى كما عرفناك آنفاً .

فصل ﴿ و ﴾ خيار العيب ﴿ فسخه [١] على التراخي ﴾ وقال الفريقان فوري لنا ما تقدم في خبر المصراة من قوله صلى الله عليه وآله وسلم «فهو بالخيار ثلاثة ايام» قالوا الثلاث مضروبة للتروي كما في خيار الشرط عندكم وهو فوري اذ لا يعرف نقصان لبنها الا في الثالث ، والرد انما يكون بعد الاطلاع على الحقيقة كما في خيار الروية **﴿ ويورث ﴾** لا كخيار الروية والشرط لان المراد بالأرث ليس أرث نفس الاختيار الذي هو نفس الفعل ، فانه [٢] غرض فات مع الميت بل أرث سببه وهو زيادة الثمن المنسوبة من القيمة ، لان البايع

---

(١) فصل (وفسخه على التراخي) أقول : الحديث قيده بالثلاث فان فسخه فيها صح وان تراخا ما لم تمض الثلاث فله فسخة أو يرضي بالمعيب ، فالأولى ان يقال وله الفسخ ما لم تمض الثلاث أو يرضى بالمعيب ، وأما انه لا يعرف نقصان لبنها الا في الثالث فبعيد ، والعجب كله من المصنف وأهل مذهبه ومن الحنفية في تلونهم في حديث المصراة ، هذا فانهم اثبتوا به ان التصرية عيب وأثبت به الهدوية الخيار ثلاثاً وأبطلوا منه الرد بصاع من تمر فأخذوا بثلثي الحديث وردوا ثلثة ، وأخذت الحنيفة بثلثه وأبطلوا ثلثيه وابطله محمد ابن الحسن بكلية فيا للعجب من هذا التلون ، وأما حديث حبان بن منقذ فقد خالفوه بعدم اثبات الخيار بالغبن لمن باع عن نفسه أو اشترى فلا يتم لهم الاستدلال ببعضه دون بعض وان كان خاصاً به فكذلك .

(٢) قوله : فانه غرض فات ، أقول : الحقوق كلها كحق الاستطراق وحق مرور المابل والمعنى كالعلم ميراث الأنبياء ، ومثل ورث الخلافة كابر أعن كابر الموروث لازم الحقوق كنفس المرور ونفوذ الكلمة وحضور الصورة عند العقل أو فيه ، وفي الشفعة طلب الحكم بانتزاعها وبالجملة الاصل في الحقوق ميراثها كالأموال .

قبضها باطلاً ونظيره الشفعة ، فان الوراثة للعين المشفوعة فان الميت أستحقها بالطلب قبل موته ، ولهذا لا يورث لو مات قبل طلبها كما سيأتي تحقيقه ان شاء الله .

وأما احتجاج المصنف بأنه حق لازم كحبس المبيع لقبض الثمن ، فقياس بلا جامع منقوض بخيار الشرط والروية فانهما حقان لازمان بالشرع ولا يورثان ﴿ **و** ﴾ المعيب فسخه ﴿ **بالتراضي** ﴾ ان أمكن ﴿ **والا فبالحكم** ﴾ لكن لا يحتاج الى الحاكم الا اذا تشاجرا ﴿ **بعد القبض** ﴾ ، ولا بد من الحكم عند التشاجر ﴿ **ولو** ﴾ كان العيب ﴿ **مجمعاً عليه** ﴾ أي على انه عيب ، وقد تقدم الخلاف في ذلك وتقرير الأدلة فلا نكرره ﴿ **و** ﴾ الحاكم ﴿ **هو ينوب عن الغايب والمتمرد في الفسخ** ﴾ ، خلافاً للناصر وأبي حنيفة وأصحابه ، وقول للمؤ يد بالله ، وسيأتي الأدلة في مظانها من باب الحجر والتفليس والقضا ﴿ **و** ﴾ كذا ينوب عنهما في ﴿ **البيع** ﴾ للمعيب سواء كان البيع ﴿ **لتوفير الثمن** ﴾ الذي قبضه من المشتري ثم غاب أو تمرد ﴿ **أو** ﴾ كان البيع من ﴿ **خشية الفساد** ﴾ على المبيع المردود كاللحم لكن تختلف مقدار الغيبة في البيعين ، ففي البيع لتوفير الثمن مسافة قصر وفي البيع لخشية الفساد حسب تسارع الفساد وبطوه ﴿ **و** ﴾ الحاكم ﴿ **فسخة** ﴾ للمعيب ﴿ **ابطال لأصل العقد** ﴾ لان حكمه في الايقاعات ينفذ ظاهراً وباطناً كما سيأتي ، ولا معنى لنفوذه في الباطن الا رفع العقد اذ لو لم يرتفع لجاز بقاء موجبه فلا ينفذ باطناً واذا بطل العقد ﴿ **فترد معه** ﴾ الفوائد ﴿ **الاصلية** ﴾ ، وأما الفرعية فقد أستحقت بالضمان ، كما تقدم لا بالعقد ﴿ **و** ﴾ ويبطلان العقد ﴿ **يبطل كل عقد ترتب عليه وكل عيب** ﴾ ثبت في المبيع وكان بحيث ﴿ **لا قيمة للمعيب معه مطلقاً** ﴾ أي بحيث لا يشتريه مشتر في أي ناحية وعلى أي حال ﴿ **أوجب رد جميع الثمن** ﴾ لان العقد باطل من أصله لما عرفت من عدم صحة بيع مالا قيمة له سواء تجدد فيه عيب مع المشتري أم لا لانه لا شيء ، وما لا قيمة له فلا عيب له اذ معنى العيب ما ينقص القيمة ولا قيمة ﴿ **لا** ﴾ اذا كانت قيمته انما انتفت ﴿ **بعد جناية** ﴾ من المشتري ﴿ **فقط** ﴾ لا قبل البيع فله قيمة كرمانه فسد حبها بالكلية فان لها قيمة قبل الكسر لا بعده ﴿ **فالارش** ﴾ هو الواجب فيها للمشتري اذا كان الثمن أكثر من قيمتها فاسدة ، وللبايع ان كان أقل (*) وقوله ﴿ **فقط** ﴾ أي لا الرد اذ لا مردود فلا حاجة الى

(*) لكن استحقاق البايع لأرش الجناية الحاصلة من المشتري انما يثبت حيث لا تغير منه للمشتري أما مع التغيير فانه يضمن به ما ضمنه المشترى له كما في ولد الأمة المدلسة على ناكحها بدعوا الحرية واذا أستوا المظمونان تساقطا تمت والله سبحانه وتعالى أعلم .

قوله ﴿ **وان لم يعرف** ﴾ العيب ﴿ **بدونها** ﴾ أي دون تلك الجناية لان ذلك انما وجب التخيير فيما تقدم لبقاء المخير فيه ، وهنا لا مخير فيه فلم يبق الا التراجع في الأرشين كما لو كانت الرمانة غير فاسدة بستة دوانيق وقيمتها فاسدة دانقاً واحداً أو ثمنها ثلاثة دوانيق فان العيب قد نقصها خمسة أسداس القيمة فينتقص من الثمن خمسة أسداس دانقين ونصفاً يسقط من ذلك أرش الكسر وهو كل قيمة الرمانة دانق واحد ويبقى للمشتري دانق واحد ونصف دانق ، وقس على هذا ما يرجع به البايع على المشتري لو كان الثمن أقل من قيمتها فاسدة ﴿ **ومن باع ذا جرح** ﴾ وقع في المبيع من بايع أول والجرح مما مثله ﴿ **يسرى** ﴾ في العادة ﴿ **فسرا** ﴾ مع المشتري الآخر ﴿ **فلا شيء على** ﴾ البايع ﴿ **الجارح في السراية** ﴾ لا للبايع الثاني ولا للمشتري منه ، أما المشتري فلا حجة له على الجارح لانه جرح قبل ملك المشتري فلم يجن على ملك له ، وأما البايع فكذلك لان أرش السراية انما يجب بعدها وهي لم تقع في ملكه وبهذا تعلم ان لا حاجة الى قوله ﴿ **ان علما** ﴾ ان الجرح يسرى ﴿ **أو** ﴾ علم ﴿ **احدهما** ﴾ فقط اذ لا دخل للعلم ولا للجهل في علة [1] مطالبة أحدهما للجارح ﴿ **و** ﴾ انما علة المطالبة ﴿ **العكس** ﴾ التي زعم انها لا تثبت الا ﴿ **ان جهلا** ﴾ كون الجرح يسرى ﴿ **وتلف** ﴾ المجروح وهي ان المشتري لما كان له الرجوع بارش السراية على البايع لحق البايع غرم بسبب الجارح فيضمنه أياه بالتسبيب لا بالمباشرة وذلك [2] ثابت مع علمهما للسراية وجهلهما كما لو

---

(١) **قوله** : في علة مطالبة أحدهما للجارح ، أقول : لانهما اذا علما فلا يرجعان عليه أما البايع فلأن السراية وقعت في غير ملك الجارح ، وأما عدم رجوع المشتري فلأنه أشترى مع علمه بالسراية فلا رجوع على البايع ، فان أنفرد بالعلم البايع لم يرجع على الجارح لأنه رضي باسقاط حقه حيث باعها وهو عالم ان السراية تقع في ملك غيره ، وأن أنفرد بالعلم المشتري فليس له الرجوع لانه قد رضي بالعيب فعرفت ان العلم لا دخل له في الرجوع على الجارح ، نعم يختلف العلم والجهل بالنسبة الى المشتري فان الجراحة في حقه عيب فان شراه جاهلاً فمثل سائر العيوب يثبت الرد والأرش أو يمتنع الرد ويثبت الارش وان كان عالماً بطل خياره .

(٢) **قوله** : وذلك ثابت مع علمهما بالسراية وجهلهما ، أقول : قد أختار صاحب الاثمار ما جنح اليه الشارح وأستضعف قول أهل المذهب باسقاط الأرش على الجاني لانه لا وجه له ظاهر أو أختار لزوم الأرش للجارح مطلقاً سواء علماً أو أحدهما أو جهلاً وهو المفهوم من كلام الفقيه على ، وقولهم ان البيع كأبرأ البايع للجاني فيه بعد ، وقولهم ان السراية وقعت في غير ملكه ليس بسديد لان البايع قد أستحق الأرش بمجرد السبب وهو الجناية لانهم لم يعتبروا في كثير من المواضع الا السبب دون السراية ، وذلك

كان الجارح غير المالك الاول وأما ما يتوهم من ان البايع لما باع كان بيعه رضا بعيب السراية فلم يكن له الرجوع بأرشه فوهم لان معنى الرضا بالعيب اسقاط الأرش والرد والاسقاط لا يصح قبل استحقاق المسقط وأرش السراية ، انما لزم بعد البيع وان كان سبب السراية قبله ، ولولا ما عللنا به لم يصح قوله : ﴿ **أو رد بحكم** ﴾ فانه يثبت للبايع الثاني الرجوع على البايع الاول لان العلة في عدم الرجوع لو كانت هي [١] الرضا بالعيب كما توهم لما ثبت له الرجوع سواء رد بحكم أو لم يرد به ﴿ **و** ﴾ الجرح الذي يسري ﴿ **هو عيب** ﴾ كلام لا حاصل له لان الجرح مطلقاً يسري اولا يسرى عيب ﴿ **واذا** ﴾ باع الوصي من تركة الميت شيئاً فرد عليه بعيب ثم ﴿ **تعذر على الوصي الرد** ﴾ لثمن ذلك المعيب ﴿ **من التركة** ﴾ لنفاذها ومن الغرما الذين قضاهم لغيبتهم أو تمردهم ﴿ **فمن ماله** ﴾ [٢] يرد الثمن .

قلت : لكن ينبغي ان يقيد غرمه من ماله بما ذا قبل الرد بالتراضي ، اما اذا رد عليه بحكم فلا اذا لا مرجح لفوات ماله على فوت مال المشتري لانه أمين لا ضمين بل يصير المشتري كما لو اشترى من مفلس وتعذر عليه استرجاع الثمن فليس له الا أخذ المعيب بقيمته والزايد يهدر حيث لا قضا ، وأما قولهم ان الحقوق تتعلق بالولي والوكيل فلم يريدوا تعلقها بمالهما بالاصالة او بالانتقال كما ينتقل الحقوق البدنية الى المال ، وانما أرادوا تعلق التصرف بهما .

نعم لو حدث من الوصي تغرير للمشتري لصح الرجوع عليه بما تعذر من الثمن .

= في من جنى على عبد جناية تسري الى النفس ثم أعتق فجعلوا العبرة بوقت الجناية هنا في البايع والجارح .

(١) **قوله** : هي الرضا بالعيب ، أقول : الرضا بالعيب مع العلم فاذا جهل فباع فتلف المبيع فليس البيع رضا أو جهل أو باع فرد بالحكم فالحكم كالأتلاف له الرجوع بأرش السراية على الجارح ، فالحاصل انه قسم البايع جاهلاً له الى قسمين يستحق فيهما الرجوع على الجارح اما تلف المبيع أو الرد بالحكم وذلك كله مع جهله بسراية الجراحة ، وجعل البيع رضا مع العلم فلا يرد ما أورده الشارح فان الرد بالحكم قسيماً للتلف ، وهما تحت جهل البايع بالعيب .

(٢) **قوله** : فمن ماله ، أقول : أستدل له في البحر بحديث على اليد ما أخذت حتى ترد قال عليه المنار لا وجه لهذا وليس الحديث نصاً فيه .

فصل

﴿ واذا اختلف المشتريان ﴾

المشتركان في شراء المعيب بان قال أحدهما فيه عيب وقال الآخر ليس بعيب ﴿ **فالقول في الرؤية لمن رد** ﴾ سواء تقدم أو تأخر ويجبر [١] الراضي على رد نصيبه لئلا يفرق الصفقة على البايع ﴿ **و** ﴾ اما ﴿ **في** ﴾ خيار ﴿ **الشرط** ﴾ اذا شرطاه لكل منهما فان القول ﴿ **لمن سبق** ﴾ بالرد أو الرضى والمراد يكون القول قوله ان الحكم لما فعله ، ولا يخفى ان ترجمة الفصل بالمشتريين قاصرة عن شمول البايعين والبايع والمشتري الا على حمل [٢] المشترك وتثنيته ايضاً على كلا معنييه وفيهما الخلافان المشهوران ، فلو قال واذا تعدد من له الخيار ، وأختلفوا فالقول الخ ليبقى لقوله ﴿ **والجهة واحدة** ﴾ فائدة لكان اولى لانها اذا كانت مختلفة بين بايع ومشتر فخيار [٣] أحدهما لا يبطله بطلان الآخر ﴿ **فان اتفقا** ﴾ أي اتفق زمان اختيارهما

فصل واذا أختلف المشتريان الخ

(١) **قوله** : يجبر الراضي ، أقول : اذا اختلف رأيهما في الرضا والرد فالعبرة بمن رد ويجبر الراضي على رد نصيبه من المبيع لئلا يفرق الصفقة فيكون ذلك اضراراً بالبايع ان قيل قد أبطلتم على الراضي ما ثبت له الشرع من قبول نصيبه ، قلنا لم يثبت له الشرع ذلك الا على وجه لا يكون فيه تفريق الصفقة ولا الزام شريكه بنصيبه مع كراهته له ، قلت والدليل على المنع من تفريق الصفقة ان البايع لم يرض بالعقد الا على العين كلها لا على جزء منها فأن وجب الرد استحق العين كلها والا كان أخذ شيء منه ـ أخذ جزء منه ـ لم يقع عليه عقد بخصوصه فأن رضي البايع بتفريق ذلك جاز لانه ماله يبيعه كيف شاء بيعاً غير منهي عنه .

(٢) **قوله** : الا على حمل المشترك ، أقول : متعلق حمل وتثنيته على جهة التنازع أي حمله على كلا معنييه وتثنيته على كلا معنييه ، وقوله وفيهما أي في حمله وتثنيته خلاف الأصوليين في الاول وخلاف النحاة في الثاني وهي مسألة معروفة في الفنين .

(٣) **قوله** : فخيار أحدهما لا يبطله بطلان الآخر، أقول : في شرح الاثمار هذا المذهب وهو قول أبي حنيفة ، وقال مالك وأبو يوسف ومحمد بل تفرق الصفقة ، لنا ان كل واحد كالوكيل للاخير وانما جعلنا في خيار الروية العبرة بمن رد لما تقدم ، وجعلنا في خيار العيب العبرة بمن رضى لزوال المضرة عن الكارة بأخذ العوض ، هكذا في الغيث ، قلت وفي تفريق الصفقة اضرار بالبائع كما تقدم .

المتنافي ﴿ **فالفسخ** ﴾ [١] هو الراجح كتقديم البينة الناقلة على حكم الاصل ﴿ **و** ﴾ اذا تفاوتا ﴿ **في** ﴾ الرد الذي أوجبه ﴿ **العيب** ﴾ كان الحكم ﴿ **لمن رضي و** ﴾ لكن ﴿ **يلزمه** ﴾ المبيع ﴿ **جميعاً** ﴾ لئلا يفرق الصفقة أو يلزم شريكه ما لا يجب عليه ﴿ **وله أرش حصة الشريك** ﴾ ان ثبت العيب ، وأما لو اختلفا في وجود العيب وعدمه فرضيه لعدم العيب عنده كان معترفاً بعدم أستحقاق أرش ، وعن الشافعي ومالك وأبي يوسف ومحمد يفرق الصفقة ويعود البايع شريكاً للراضي ، وقال ابو حنيفة بل لا يثبت للكاره الرد تقديماً لحكم الراضي ، وكل هذه تظننات بلا دليل .

والحق بقاء البايع شريكاً في الخيارات الثلاثة لانه ببيعه من اثنين أوجب لكل منهما حقاً في القبض والرد فلا يتقيد احدهما بما فعله الآخر الا اذا ضمهما عقد من عقود الشركة الآتية وصيرهما بمنزلة مشتر واحد فان عقد البيع يبقى ما بقي احدهما ممضياً له وأما غيرهما فمجرد [٢] كون الصفقة واحدة في اللفظ لا ينافي تعددها في الحقيقة لانها في قوة بعت من كل واحد منكما نصفاً فكما لو صرح بهذا لم يتقيد أحدهما بالآخر فكذا اذا كان مراداً لان المقدر كالمذكور .

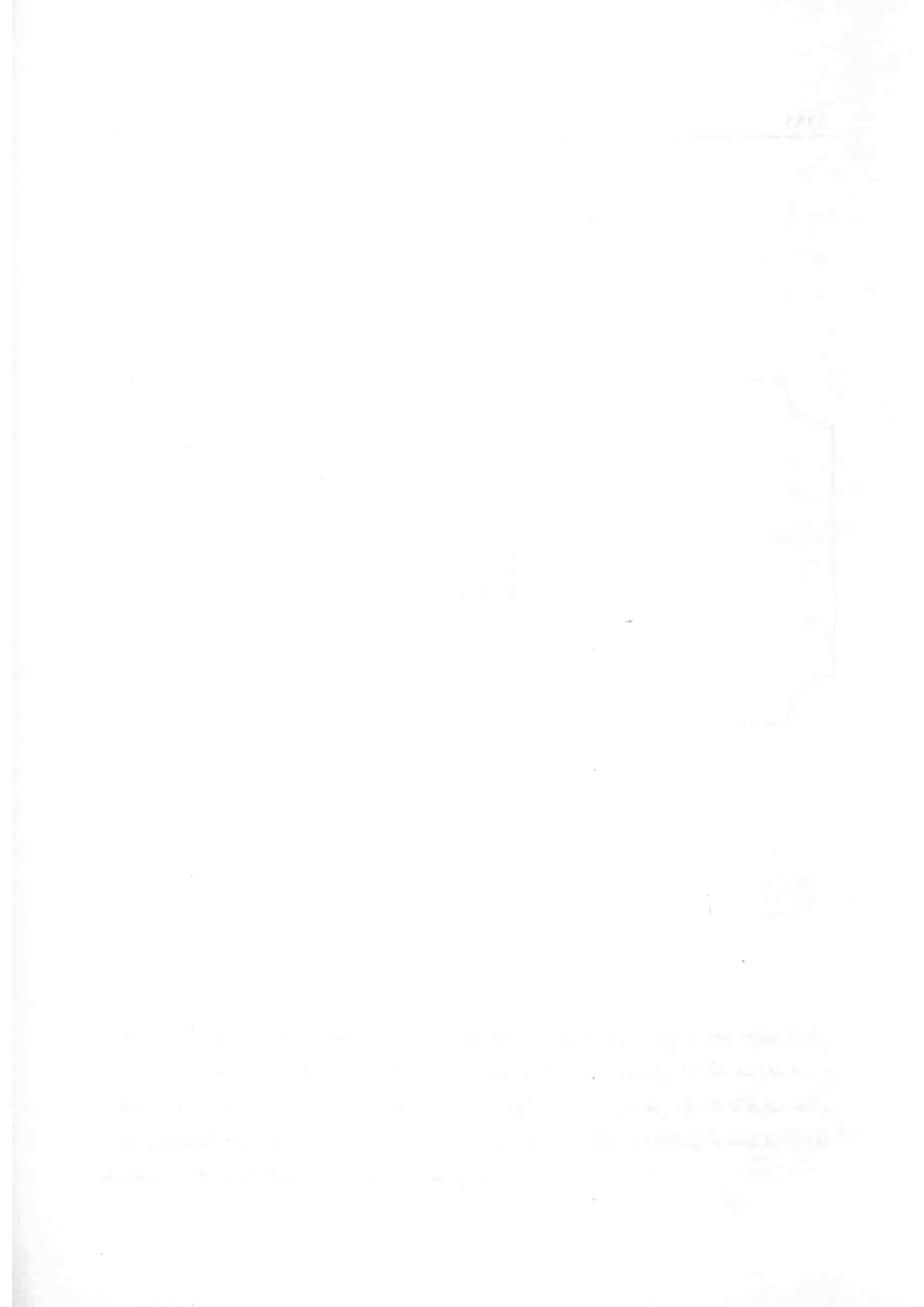
---

(١) **قوله** : فالفسخ ، أقول : قال مالك بل الرضا أولى لتقريرة الاصل وهو بقاء العقد .

(٢) **قوله** : فمجرد كون الصفقة واحدة في اللفظ ، أقول : الصفقة واحدة والحقيقة ما طابقها وليس المراد ما في نفس الأمر اذا البيوع معتبرة بالعقود التي هي مناط الرضا أو بما يقوم مقامها ، ودل على ما دلت عليه والفرض هنا أنها صفقة واحدة وليست كما قال في قوة بعت من كل واحد منكما بل الفرض انه باع من كل واحد بلفظ واحد ، والمنار جنح الى مثل كلام الشارح .

باب [1]
﴿ ما يدخل في المبيع وتلفه واستحقاقه ﴾

(١) باب : ما يدخل في المبيع أي بمجرد العقد فالداخل فيه كأنه من مسمى المبيع ، وهو حكم شرعي مداره على الأمر العرفي وهو يختلف بأختلاف أعراف الجهات فليس فيه حكم كلي الا العرف وقد صرح به المصنف في الغيث حيث قال وذلك يختلف بأختلاف الجهات ، ثم قال وعلى الجملة فالعرف حاكم ثم الباب معقود لثلاثة أحكام ، الأول ما يدخل في المبيع ، والثاني تلفه ، والثالث أستحقاقه ، وقد عقد فصليين للأول والثالث وأدخل الثاني في فصل الأول .



فصل

﴿ **يدخل في المبيع ونحوه** ﴾ من التمليكات لله أو لعباده ما جرا به العرف تقييداً للمطلق بالعادة كما علم في الأصول ثم اذا كان هناك عرفان عام وخاص فقال الامام يحيى يتبع العام ، وهو خلاف القواعد لان الخاص في محله أقوى من العام ، فيدخل ﴿ **للمماليك ثياب البذلة** ﴾ التي لا بد منها عند مزاولة الأعمال والخدم اذ هي المستمرة التي لا تنفك عن المبيع في يد البايع ولو قدم قوله ﴿ **وما تعورف به** ﴾ لكفاه عن ذكر ثياب البذلة لانها مما تعورف باخراج المملوك به كسوار الأمة ، وقلادتها المبتذلات للخدمة ﴿ **و في الفرس العذار** ﴾ وهو ما يشد في رأسه ليربط به ، وقوله ﴿ **فقط** ﴾ يريد دون اللجام لانفكاكه اذ المتعارف هو ما لا ينفك مع البايع كما عرفناك ﴿ **و في الدار طرقها** ﴾ لعدم انفكاكها عنها ﴿ **وما الصق بها لينفع مكانه** ﴾ مما لا ينفك عن موضعه كالأبواب والمدقة التي لا تنقل وأما الرحى فالعرف انها من ماعون البيت فلا يدخل جزآها ولا احدهما ﴿**وفي الأرض الماء**﴾ من بير أَوْ غبيل ﴿**الا لعرف** ﴾ قاض بانفصال أحدهما عن الآخر ﴿ **والسواقي والمساقي** ﴾ وهي ما يجتمع منها ماء المطر الى السواقي المعروفة بالصبابات ﴿ **والحيطان والطرق المعتادة ان كانت** ﴾ متعارفاً عليها ، وأما قوله ﴿ **والا** ﴾ يكن لها طريق متعارف عليها ﴿ **ففي ملك المشتري ان كان** ﴾ له ملك يوصل اليها فخارج عن محل النزاع اذ النزاع فيما ذا يجب للمشتري على البايع تبعاً للمبيع والمشتري لا يجب عليه شيء بنفسه ، فالقياس حذفه وقد أخره في البحر عن قوله ﴿ **والا ففي ملك البايع ان كان** ﴾ له ملك يوصل اليها لان ذلك مما لا يتم تسليم المبيع الواجب على البايع الا به ﴿ **والا** ﴾ يكن للبايع [١] ملك يوصل اليها ﴿ **فعيب** ﴾ يخير المشتري بين أخذها بعيبها أو فسخها ، وهل الظاهر في الطرق ملك قرارها لان الاستطراق يد ثابتة عليها أو الظاهر انما هو حق الاستطراق فقط لغلبة تعلق الحقوق بملك الغير ؟ قال المصنف [٢] يتبع العرف ﴿ **و** ﴾ يدخل في بيع الارض أصل شجر ﴿ **نابت** ﴾ فيها اذ كان مما

---

(١) **قوله** : وان لا يكن للبائع ملك طريق يوصل اليها فعيب ، أقول : ظاهرة طريق في ملك البائع أو المشتري فعيب ، والظاهر انما يثبت العيب الا بذلك والأولى انه يثبت بعدم الطريق في ملك البائع وأن كان للمشتري طريق .

(٢) **قوله** : قال المصنف يتبع العرف ، أقول : بل يقال ان كان البائع مالكاً لقرار الطريق أنتقل ملكه لقرارها الى ملك المشتري ، وان كان ليس له الا حق الأستطراق أنتقل الحق ، والحاصل أنها أنتقلت اليه الطريق بصفتها التي كانت عليها .

﴿ **يبقى سنة فصاعداً** ﴾ كغرس العنب والقصب ﴿ **لا** ﴾ فرع لذلك الاصل هو من ﴿ **ما يقتطع منه** ﴾ في العادة كفروع القضب الموجودة حال البيع ونحوها فانه لا يدخل ﴿ **ان لم يشترط** ﴾ فان اشترطه المشتري دخل والذي يقتطع هو ما كان ﴿ **من غصن** ﴾ كما في اغصان القات التي تقطف للاكل ﴿ **وورق** ﴾ كورق الحنا ﴿ **وثمر** ﴾ قد ظهر من عوده ، وقال الناصر ومالك والشافعي بل وما لم يظهر اذا كان قد استطهره البايع بان أبَّر[1] النخل المبيعة سواء كانت هي فقط أو تبعت الارض في البيع .

فههنا مقامان [2] **أحدهما** ان التأبير يوجب بقاه للبايع وان لم يظهر ، والثاني ان عدم التأبير يوجبه للمشتري وان كان قد ظهر ، ثم المخالف لم يفرق بين بيع الارض بشجرها وبين بيع الشجر وحده ، وفرق أهل المذهب بان الشجر اذا بيع وحده كان الثمر الظاهر كالزرع للبايع بلا خلاف ، واذا دخل الشجر تبعاً للبيع الارض فكذلك ، وأما اذا لم يكن قد ظهر فادعا صاحب [3] الروضة الاجماع على كونه للمشتري ، وقال المخالف التأبير يوجبه للبائع وأن لم يظهر ، وعدمه يوجبه للمشتري وأن ظهر ، حجتهم في المقام الاول حديث أبن عمر عند الجماعة كلهم من باع نخلاً قد أبرت فثمرها للبائع الا ان يشترطه المبتاع ومن باع عبداً له مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع قلنا ذلك في بيع النخل منفردة لا تابعة للأرض والنزاع [4] فيه ، قالوا مراد به بيع الارض ذات النخل ، وانما أطلق أسم الحال على المحل مجازاً مشهوراً .

---

(١) **قوله** : بأن أبر النخل ، أقول : أبر بفتح الهمزة وتشديد الرا في غريب الجامع أبرت النخلة القحتها أو أصلحتها ، والأبار التلقيح ، وكذلك التأبير وفي نهاية المجتهد التأبير في النخل أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع أناثها وفي سائر الشجرات يبور ويعقد .

(٢) **قوله** : مقامان ، أقول : ومقام ثالث هو ما ذهب اليه أبن أبي ليلى انه للمشتري سواء أبر أم لم يبر أشترطها أو لم يشترط ، فرد الحديث بالقياس بانه رأي ان الثمر من المبيع ، قال في نهاية المجتهد ولا معنى لهذا القول الا ان كان لم يثبت عنده الحديث .

(٣) **قوله** : صاحب الروضة ، أقول : هو الفقيه ابن سليمان من فقهاء مذاهب الأل .

(٤) **قوله** : والنزاع فيه ، أقول : قدم ان المخالف لم يفرق بين بيعه استقلالاً أو تبعاً فلا معنى لحصر النزاع فيه بل هو أعم من ذلك والضمير في قوله قالوا مراد به أي بلفظ النخل في الحديث .

قلت : وذلك ينافي ما ادعاه صاحب الروضة ، وفي المقام [١] الثاني مفهوم الصفة في قوله صلى الله عليه وآله وسلم نخلاً قد أبرت قلنا أثبتم بالتأبير كونه للبائع قبل ظهوره فمع ظهوره بالأولى والفحوى أقوى من المخالفة ، قالوا للعلاج أثر في الاستحقاق وذلك فارق يمنع قياس الأولى فتسقط الأولوية وبهذا يظهر صحة قول المصنف في تبعية الثمر لبيع الشجر والاقرب [٢] عندي دخولها هنا كالصوف على الشاة وفساد [٣] قوله بخلاف ما اذا دخل الشجر تبعاً لبيع الارض فهو أشبه بالزرع ، أو دخل لأجل بيع الارض أنتهى لان الموجب لملك المشتري للثمر هو ملكه للشجر ، وكون الشجر مملوكاً بالاصالة او بالتبعية طرد ولا يفرق بمثله

---

(١) **قوله** : وفي المقام الثاني ، أقول : وهو ان عدم التأبير يوجبه للمشتري دل له مفهوم المخالفة في قوله قد أبرت فانه دل على أنها اذا لم توبر فهو للمشتري ، وأجابوا بأنه اذا ظهر كان ثبوته للمشتري أولى منه قبل ظهوره اذ قد أبيتم ذلك لمجرد التأبير ، وأن لم يظهر ، وأجيب بان التأبير علاج من البائع استحق به الثمرة بنص الشارع فليس النهي بمفهوم المخالفة بل لعدم العلاج الذي به أثبت النص الاستحقاق وقد استقر به الشارح كما ستعرفه .

(٢) **قوله** : والاقرب عندي ، أقول : أي عند الشارح وهذا موافقة منه للمصنف في صورة بيع الشجرة مستقلة ان ثمرتها للمشتري وأنه كالصوف على الشاة ، الا ان هذه الصورة التي وافق المصنف هي أعم مما في الحديث لأنه حكم بثمرة الشجرة سواء أبرت أم لا ، ويأتي له أخرا حكم الثمرة على ما هو الاوفق بالحديث ، وعبارة الشارح طالت بلا طائل .

(٣) **قوله** : وفساد قوله بخلاف ما اذا دخل الشجر تبعاً للبيع الارض الخ ، أقول : المصنف ذكر صورتين وفرق بينهما في الحكم الاولى وافقه الشارح عليها وهي استحقاق المشتري لبذر الشجرة ان اشتراها مستقلة عن أرضها ، وقال ان بذرها كالصوف على الشاة الثانية اذا دخلت الشجرة في ملك المشتري تبعاً لشرائه أرضها فان ثمرتها لا تدخل في ملكه كما لا يدخل الزرع في ملكه اذا شرى الارض ، فقال الشارح ان هذا الذي قاله المصنف فاسد في هذه الصورة وعلل فساده بأمرين ، الاول ان الذي أوجب ملك المشتري للثمر ملكه الشجر وكونه بالاستقلال أو التبعية لا حكم له لانه طرد ، والثاني بقوله ولان قوله اذا دخل لاجل بيع الارض غلط لان الزرع لا يتبع بيع الارض ، قلت هذا سواء فهم في مراد المصنف اذ مراده ان الشجر المشتري تبعاً للأرض لا يدخل ثمره في ملك المشتري كما لا يدخل الزرع في ملكه فشبه ثمر الشجر المشترى تبعاً للارض بالزرع في عدم دخوله في ملكه وشبهه في الصورة الاولى بالصوف على الشاة ثم عبارة المصنف اذا دخل بالشرطية والشارح قال اذ دخل .

ولأن قوله اذا دخل لأجل بيع الأرض غلط لان الزرع لا يتبع بيع الأرض فقد بان [١] لك بحكم الحديث المذكور ان البائع انما يستحق الثمر بعلاجه أو أشتراطه فان لم يكن علاج ولا شرط فللمشتري بلا شرط وبهذا تعلم انه انما ملك الزرع لانه انما ينبت بعلاج فهو كالتأبير بجامع كون كل منهما ناشئاً عن مادة هي من البائع كالنطفة من الأب ﴿ و ﴾ ما ثبت أنه لا يدخل في المبيع

---

(١) **قوله** : فقد بان لك ، أقول : هذا مبني على أنه أريد بالتأبير التمثيل والتنبيه على ان علة استحقاق البائع للثمر علاجه وأنه لا فرق بين الزرع وثمرة الشجرة وكلامه حسن الا ان صواب العبارة ان يقول وبهذا يعلم انه لا فرق بين الزرع وغيره فان عبارته قاضية أنهم يقولون انه لا يملك المشتري الزرع ولا يقولونه بل يقولون لا يدخل في المبيع وانه كالشيء الملقى على وجه الارض المبيعة كما قرره المصنف .

فائدة (قوله صلى الله عليه وآله وسلم) ومن أبتاع عبداً له مال فما له للبائع الا ان يشترط المبتاع كأن يحسن التعرض لهذا كما تعرض لقرينه وقد تعرض له أبن رشد في نهايته فقال مسألة اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع والعتق على ثلاثة أقوال ، أحدها ان ماله في العتق والبيع لسيده الا ان يشترط المبتاع ، وكذلك في الكتابة ، وبه قال الشافعي والكوفيون ، الثاني ان ماله تبع له في العتق والبيع الا ان يشترط البائع وهو قول مالك والليث حجة من رأي ان ماله في البيع لسيده الا ان يشترطه المبتاع حديث ابن عمر عنه صلى الله عليه وآله وسلم «من باع عبداً وله مال فماله للذي باعه الا ان يشترطه المبتاع ومن جعله لسيده في العتق فقياساً على البيع ، ومن رأي انه تبع للعبد في كل حال أثبت على كون العبد مالكاً عندهم وهي مسألة أختلف فيها العلماء اختلافاً كبيراً ، أعني هل يملك العبدا ولا يملك ويشبه ان يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على السماع لان حديث أبن عمر هو حديث خالف فيه سالم نافعاً لان نافعاً رواه عن ابن عمر عن عمر وسالماً رواه عن عمر عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وأما مالك فقال الأمر المجمع عليه عندنا ان المبتاع اذ أشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو عرضاً أو ديناً ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال «من أعتق عبداً فماله له الا ان يستثنيه سيده» انتهى كلامه ، قلت : وأحاديث الباب أختلفت فمنها حديث ابن عمر الماضي وأخرج الدار قطني في الافراد والبيهقي عن أبن عمر يرفعه اذا أعتق العبد تبعه ماله الا ان يشترط المعتق وكأنه الذي أشار اليه مالك وأخرج الستة وعبد الرزاق وأبن أبي شيبة عن أبن عمر ايضاً من باع عبداً له مال فماله للذي باعه الا أن يشترطه الذي شراه ، وأخرجه أبو داود وأبن جرير في تهذيبه وسعيد بن منصور عن أبن عمر وأخرجه أبن أبي شيبة عن علي موقوفاً وأخرجه هو وأبو داود عن جابر وأخرجه الطبراني عن عباده بن الصامت ، فهذه الاحاديث كما ترى أفادت ان المال للبائع عند خروج العبد عن ملكه الا ان يشترطه المبتاع فهذا الحكم الذي ذهب اليه مالك موافق للاحاديث في البيع ، وأما في العتق فان الحديث حكم بان المال يبقى للعبد ، الا ان يشترطه سيده الذي أعتقه فان صح الحديث فالعمل به أولى ، ولا ضير في اختلاف حكم مال العبد في العتق والبيع بعد قيام الدليل على ذلك ، وأما تفرعها على كون العبد

فانه ﴿ **يبقى للصلاح** ﴾ أي الى ان يصلح ، وقال المنصور وأبن أبي الفوارس بل يجب على البائع رفعه ان لم يرض المشتري ببقائه ويكون البقاء أيضاً ﴿ **بلا أجرة** ﴾ ، وقال أبو مضربل بالأجرة ، قلنا يدفع الجميع حديث لا ضرر ولا ضرار ، قالوا مشترك لحصول الضرر على المشتري ﴿ **فان أختلط** ﴾ ما يستحقه البائع ﴿ **بما حدث قبل القبض قيل فسد العقد** ﴾ لانه تعذر به تسليم المبيع وأستضعفه المصنف لان الجهالة طارية ﴿ **لا** ﴾ تخرجه عن حكم ما لو كان الاختلاط ﴿ **بعده فيقسم** ﴾ على السواء ﴿ **ويبين مدعى الفضل** ﴾ أي الزيادة في ملكه ﴿ **وما أستثنى** ﴾ من مبيع ﴿ **أو بيع** ﴾ الصواب أو أشترى وهما مما ينتقل وكان الاستثنى والبيع لذلك المنتقل ﴿ **مع حقه** ﴾ الصواب [1] لشرط البقاء لان المراد

= يملك اولا فهذه الاحاديث أخذ منها صاحب المنار في حاشيته ملك العبد ، فقال : في أوائل مباحث الزكاة ان الاحاديث حكمت بتبعية مال العبد له في المبيع ما لم يشترطه المالك هذا لفظه وأراد بالاحاديث ما سمعته ، ولا يخفى أنه وهم فان الاحاديث حكمت لبائعه الا ان يشترطه المشتري عكس ما قاله رحمه الله وكأنه أنتقل ذهنه الى حديث العتق ، فأنه حكم بأنه للعبد الا ان يشترطه سيده ، واذا عرفت ان الاحاديث افادت ان مال العبد يصير الى سيده اذ أخرجه عن ملكه فان أشترطه المشتري صار له مال عبده ، فالعبد في الحالين غير مالك شيئاً ، نعم الاضافة في قوله فماله ، فمال العبد دليل على انه يملكه الا انها دلالة لا تقاوم الحكم بالنص فأنه للبائع أو للمشتري بل الحكم بذلك قرينة ان الاضافة للملابسة لا للملكية وان المراد ما لابسه وصار تحت يده من الفراش والنحاس والسلاح ونحوه ، فقد يكون عند المملوك أثاث واسع يكسبه أو يصيره مالكه اليه ، ويكون هذا الحكم قرينة ايضاً على ان الصفة في قوله تعالى (عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) كاشفة لا مقيدة وان كان الاصل في الصفة التقييد لكن الدليل المذكور قاد الى حملها على خلاف الظاهر وبه يتضح ان الارجح القول بانه لا يملك كما ذهب اليه الجمهور وقد كان ذهبنا في بعض الابحاث الى ان مال العبد يكون مشتركاً بينه وبين سيده مهما بقي في عصمته فيتصرف فان فيه تصرف المشتركين فان خرج من عصمته صار المال لمولاه ما لم يشترطه مشتريه وفي التحقيق ان شرط المشتري ليس قسماً لكون المال لسيده بل هو أيضاً له فأنه لا يرضى بخروجه عنه الى مشترى عبده الا بعوض يصير اليه ، ثم انه الآن قوي عندنا انه لا يملك شيئاً وأنما أباح له السيد التصرف فيما لديه كما يباح للمأذون لا أنه شريك له والله أعلم .

(١) **قوله** : الصواب لشرط البقاء ، أقول : أعلم ان المصنف قد حصل الكلام حيث قال في الغيث أعلم ان حاصل الكلام في هذه المسألة أعني شراء الشجرة أما ان يشتريها ولا يشترط بقائها ولا يقول بحقوقها ، أو يقول بحقوقها أو يشترط بقائها أما الوجه الاول فان البيع فيه يصح ، قال أبن معرف وتقطع في الحال وقد ذكرناه حيث قلنا والا وجب رفعه هذا كله حيث لم يجر عرف فان جرى عرف

بالحق هو البقاء ولهذا قال ﴿ **بقي** ﴾ ولا يتحقق كون البقاء للمنتقل الا باشتراط بقائه اذ لا يستحقه المنتقل قبل الشرط حتى يضاف الحق اليه ، وانما تثبت الحقوق التي تتقدم البيع لما لا ينتقل كالطريق للدار ونحوها ولا يحتاج الى اشتراطها لانها تدخل تبعاً كما عرفت ، وبعد هذا تعلم ان هذه المسألة هي نفس المسألة أشتراط بقاء الشجرة فيما تقدم وقد حكموا بأن ذلك مفسد للعقد لانه بيع واجارة كما أختاره المصنف فان أراد بقوله بقي انه يبقى بالتراضي كما هو شأن جواز الدخول في العقود الفاسدة فمسلم لكن يكفي فيه ما سيأتي من قوله ويجوز عقده ، ولا وجه لتخصيص هذه المسألة بالذكر من بين العقود الفاسدة وان أراد به انه يبقى وجوباً فقد علمت ان ذلك ليس من مقتضى العقود الفاسدة ﴿ **و** ﴾ أما ان الذي شرط بقاؤه اذا فنى ﴿ **عوض** ﴾ فوهم [1] لان الحق الثابت لمعين لا يثبت لغيره ﴿ **والقرار** ﴾ أي المحل الذي

= بالبقاء الى مدة معلومة صح وان كان الى مدة مجهولة فسد كما تقدم ، الوجه الثاني أن يقول بحقوقها فانه يصح كما نص عليه المؤ يد بالله ، الوجه الثالث ان يشترط البقاء فان شرطه البائع فسد العقد الا حيث يكون له في ذلك نفع كمد العنب عليها ونحوه لانه بمنزلة ان يستثني بعض منافعها اذا كانت المدة معلومة فان كانت مجهولة لم يصح لأنه يتضمن بيعاً وأجارة مجهولة ، قلت وهذا غير صحيح لان قدمنا انه يصح استثناء الحق مطلقاً فينظر في ذلك وأن كان الشارط للبقاء المشتري فان كانت مدة معلومة صح وأن كانت مجهولة فسد ، هذا خلاصة كلامه واذا عرفت هذا عرفت ان مراد المصنف بهذه المسألة الوجه الثاني الذي نسبه الى المؤ يد ، قال وذكره أبن معرف لابي طالب وعرفت أنها ليست مسألة أشتراط بقاء الشجرة التي تقدمت فان المؤ يد قال في المتقدمة لا يصح لانها بيع وشرط وهذا صحيح عنده ، وقد أخذ له صحة تلك من قوله هذه ، قلت قد كرر بقاء الشجرة في ثلاثة مواضع ، الاول في قوله في الشروط المفسدة للعقد انه يفسد العقد شرط بقاء الشجرة المبيعة في قرارها مدة معلومة ، الثاني انه قال يصح من الشروط ما يصح افراده بالعقد ومنه بقاء الشجرة في قرارها مدة معلومة الثالثة التي كلامنا الآن فيها فالمصنف قال ان الثانية والثالثة من بيع واستثنى وهو صحيح لا من بيع وشرط فقد فرق بين المسألة هذه والتي أجازها والتي منعها ، بأن هذا استثناء فيصح وذلك شرط وبأن هذه بيعت مع حقوقها فالحقوق داخله في نفس العقد لا شرط فيه اذ يصح بيع الحق تبعاً عندهم ، قال المصنف اذا باع الارض وأستثنى حقوقها أو باع الاشجار بحقوقها فان ذلك كله يوجب بقاء الشجرة على الارض لاجل الحقوق التي أدخلها استثناء أو تبعاً ، واذا عرفت هذا عرفت انه كان الاوجه للشارح المطالبة لهم بالفرق بين الاستثناء حيث حكموا بصحته والشرط حيث حكموا بخلافها مع انهما في المعنى من واد واحد .

(١) قوله : فوهم ، أقول : قال ابو مضر ان الصحيح للمذهب ان الشجرة اذاانقلعت والجدار اذا أنهدم لم يكن له التعويض والذي صححه أبن أبي الفوارس للمذهب ودل عليه كلام المنتخب هو ما في الازهار .

أشترط البقاء فيه ﴿ **لذي الارض** ﴾ ولا يلزمه ما يصلح به الشجر لان البقاء لا يلزمه كما عرفناك فضلاً عن الاصلاح ولو شرطه لكان من بيع واجارة أيضاً مع ما يستلزم من جهالة المبيع لتفاوت مقادير الاصلاح ومدته كما سيأتي في المغارسة ان شاء الله تعالى ﴿ **والا** ﴾ يشترط [١] البقاء ﴿ **وجب رفعه ولا يدخل** ﴾ في بيع أرض ﴿ **معدن** ﴾ فيها بناء على ان المعدن ليس جزأ من الارض وهو وهم لان تخوم [٢] الارض وان لم يتعلق بها الملك فقد تعلق بها حق بقاء

---

(١) **قوله** : وان لا يشترط البقاء ، أقول : فسر المقدر بما سلف له تقديره وهو خلاف مراد المصنف فأنه قال وما استثني أو بيع مع حقه فالمقدر يجب ان يكون من جنس الملفوظ بأن يقال وأن لا يستثنى أو يباع مع حقه ، والمصنف قال في الغيث وأن لا تذكر الحقوق يريد باستثناء أو بيع تبعاً فالعدول عن مراد المصنف حيف عليه .

(٢) **قوله** : لان تخوم الارض الخ ، أقول : عند الشافعي والناصر وأبي حنيفة ان المعدن يدخل في الأرض لانه ملك لمالكها عندهم وهو الاقرب اذ هو كما قال الشارح جزء من الارض على ان قوله وان لم يتعلق بها الملك غير مسلم بل الظاهر ان من ملك أرضاً ملكها الى آخر جزء من أسفلها ، كما يدل له حديث «طوقه الله من سبع ارضين» فانه حكم بأن من غصب أرضاً عوقب بالتطويق من سبع أرضيين ، وهو ظاهر بان المراد انه يأتي يوم القيمة حاملاً لما غصبه من الارض كما يأتي من غل جاء حاملاً لما غله ولا يحمله الله الا ما غصبه ، فدل على ان لمالك الارض الى آخر جزء من سبع أرضين ، وأما حديث أبي هريرة مرفوعاً عند الخطيب وضعفه بلفظ ملعون من غير تخوم الارض فانه في النهاية ان المراد بها معالمها وحدودها قيل أراد بها حدود الحرم خاصة ، وقيل عام في جميع الارض ، وأراد المعالم التي يهتدى بها في الطريق ، وقيل هو ان يدخل الرجل في ملك غيره فيقتطعه ظلماً . وفي القاموس التخوم الفصل بين الارضيين من المعالم والحدود أنتهى اذا عرفت هذا عرفت ان الشارح أطلق التخوم على ما تحت الارض المملوكة ، وهذا معنى غير لغوي لا يصح أرادته ولا يصح حمل كلام أهل المذهب في قولهم لا تملك تخوم الارض عليه لانهم يريدون حدودها وأعلامها ، نظير قولهم : لا يدخل الحد في المحدود ولا الغاية في المغيا ، وهذا صحيح ، وأما حمله على ما تحت الارض فلا يصح لعدم ثبوته لغة ولانه لا دليل عليه ، ولانه يقال لهم كم القدر الذي يستحقه المالك تحت ارضه فانهم لا يجدون الى تحديدة سبيلاً للاجماع في جميع الديار على انه يجوز ان يحفر المالك تحت أرضه بيرا ولو الى الف ذراع وتصير ملكاً له يبيعها كيف أراد كما أشترى عثمان بير رومه بعد ترغيبة صلى الله عليه وآله وسلم في شرائها ، وكذلك يحفر المالك تحت أرضه مدافن ويغرس الأشجار وغير ذلك فهذا المعنى الذي ذكره الشارح باطل وهو شائع في لسان العامة ان التخوم لا تملك ويظنونه سفال الارض ظناً لا دليل عليه .

الملك عليها فله المنع من أخذه كالمتحجر وأما مجرد زيادة قيمته فلا يمنع صحة تبعيته كما لو جهل البائع قيمة المبيع بلا تغرير من المشتري ﴿ و ﴾ اما أنه ﴿ **لا** ﴾ يدخل ﴿ **دفين** ﴾ في الارض المبيعة فصحيح لانه ليس جزأ منها ﴿ و ﴾ ذلك كما ﴿ **لا** ﴾ يدخل ﴿ **درهم في بطن شاة أو** ﴾ في بطن ﴿ **سمك و** ﴾ انما يكون الدرهم ﴿ **الاسلامي** ﴾ اذ أوجد في بطن الشاة ﴿ **لقطة** ﴾ كما سيأتي في باب القطة ﴿ **ان لم يدعه البائع** ﴾ ولا مضى وقت في ملك المشتري يمكن فيه ابتلاع الدرهم ﴿ و ﴾ أما الدرهم ﴿ **الكفري والدرة** ﴾ غير المثقوبة فانهما ﴿ **للبائع** ﴾ بشرط عدم مضي وقت في ملك المشتري يمكن فيه ابتلاع الشاة لهما والا فللمشتري ، وأما المثقوبة فكالدرهم الإسلامي ، وأن كان يمكن ان الثاقب لها كافر تغليباً (١) للاسلام .

قلت ينبغي الفرق في الدرة بين ما في بطن الشاة وفي بطن السمكة فما في بطن الشاة لقطة مطلقاً لاستحالة ابتلاعها اياها في البحر وابتلاعها من البر لا يكون الا بعد جري الملك عليها فتكون لقطة تغليباً للاسلام ، واما اذا كانت في بطن السمكة غير مثقوبة فللمالك بالأصالة غنيمة او بالشرا ، وتدخل في المبيع وان جهل البائع لصيرورتها كجزء منه فهي كما لو جهل قيمة المبيع بالاصالة فباعه بدون قيمته لا بتغرير اذ لا فرق بينها ﴿ و ﴾ بين ﴿ **العنبر والسمك في** ﴾ بطن ﴿ **سمك ونحوه** ﴾ كما لو اشترى ظبياً فأوجد فيه فأرة مسك وقد حكمنا بان ذلك ﴿ **للمشتري** ﴾ واما ما يتوهم من الفرق بان العنبر والمسك انما ينشآن مما يقتاته السمك ونحوه دون الدرة فخيال (٢) كاذب ووصف طردي في علة الملك .

---

(١) **قوله : تغليباً للاسلام ، أقول : في المنار ان الظاهر في المثقوبة انها جرت عليها يد فلها حكم الدار بحسب الظاهر .**

فائدة : أخرج الشيخان من حديث أبي هريرة مرفوعاً أشترى رجل ممن كان قبلكم عقاراً فوجد الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب فقال للبائع خذ ذهبك فانما أشتريت منك العقار ولم أبتع منك الذهب فقال البائع انما بعتك الارض وما فيها فتحاكما الى رجل فقال الكما ولد فقال أحدهما لي غلام ، وقال الآخر لي جارية فقال انكحوا الغلام الجارية وأنفقوا عليهما منه وتصدقوا .

(٢) **قوله : فخيال كاذب ، اقول اي الفرق بذلك اشارة الى الفرق الذي ذكره المصنف في الغيث حيث قال العنبر حشيش يأكله السمك فكان في حكم العلف للبهيمة والمسك يتولد من دم الغزال فهو بعض الظبي ولما كانت كذلك دخل في المبيع ولا احفظ في ذلك خلافاً ، فالشارح سلم للمصنف ما قاله من**

فصل [١]

﴿ واذا تلف المبيع قبل التسليم النافذ ﴾ ولا حاجة [٢] الى قوله و ﴿ في غير يد المشتري ﴾ لأن التسليم النافذ لا يكون الا ما لم يخل بينه وبينه سوا قبضه او خلا بينه وبينه تخلية صحيحة كما تقدم ومنها ما لو عرض عليه البائع القبض فامتنع لان امتناعه ايداع للبائع فهو معه امانة للمشتري بشرط ان يجدد القبض بنية الوديعة كما تقدم وغير النافذ ما رجع المبيع الى البائع او العدل بعد تسليمه ليحبس في توفير الثمن المشروط تعجيله ﴿ و ﴾ من شرط عدم ضمان المشتري له ان يتلف بغير ﴿ جنايته ﴾ لأن جنايته عليه في يد البائع بمنزلة قبضه ولو

= حقيقة المسك والعنبر ، وجعل الفرق بذلك خيالا كاذباً ، وفي الهدي النبوي قالت طائفة العنبر نبت في قعر البحر فيبتلعه بعض دوابه فاذا تملت منه قذفته رجيعاً فيقذفه الى ساحل البحر وهو قريب من كلام المصنف ، وقيل روث دابة بحرية تشبه البقرة ، وقيل انه زبد البحر ، وقيل انه ينبع من عين في البحر ، قلت : والذي في تذكرة الشيخ داود ان الصحيح ان العنبر عيون بقر البحر يقذف دهنة فاذا صارت على وجه الماء جمدت فيلقيها البحر على الساحل ، وقيل طل يقع على البحر ثم يجتمع ، وقيل روث السمك وهذه خرافات لان السمك يبلعه فيموت ويقذف السمك فيصير في اجوافه ، واما المسك فقال ايضاً انه دم يتعقد في حيوان دون الظبي قصير الرجل بالنسبة الى اليد له نابان معقودان الى الارض وقرنان في رأسه معوجان الى ذنبه شديد البياض فيهما منافس يستنشق منها الهواء عوض المنخرين حكاه في المروج عن مشاهدة هذا كلام الشيخ داود ، وهو اقعد بمعرفة مثل هذه فعلى الصحيح من كلامه يكون العنبر ليس جزءاً من الحيوان بخلاف المسك فانه جزء منه فينبغي الفرق بينهما لا جعلهما في حكم واحد كما قال المصنف والشارح .

(١) فصل واذا تلف المبيع ، اقول : اخر هذا الفصل في الاثمار عما بعده قال شارحه اخره لانه عام لكل مبيع ومنه البيع الموصوف ، وتبعه الفتح على ذلك .

(٢) قوله : ولا حاجة الخ ، أقول : ـ أتى به في الفتح قال شارحه وأما لو تلف في يد المشتري أو بجنايته فمن ماله وفي الاثمار يتلف قبل القبض من مال البائع غالباً قال شارحه يحترز من صورتين احدهما ان يتلف في الصور التي تقدمت وهو في يد المشتري قبل ان يرده الى البائع والى العدل ، فانه يتلف من مال المشتري ووجهه انه قد ملكه بالعقد وتلف في يده فاستقر بذلك كما في الغيث حيث تلف في يده ، الصورة الثانية ان يتلف بجناية المشتري فانه يتلف من ماله ولو كان في يد البائع لان جنايته بمنزلة قبضه ، وقوله الصور التي تقدمت ان اراد بها الصور الثلاث التي كان التسليم فيها غير نافذ ، وقد

جاهلا فاذا لم يتلف في يده ولا بجنايته ﴿فمن [١] مال البائع﴾ يتلف لكن فوائده الاصلية والفرعية للبائع لانكشاف عدم استقرار ملك المشتري بخلاف ما لو لم يتلف فانها للمشتري ولهذا أشار المصنف إلى ضعف القول بأن كرا غير التالف قبل التسليم للبائع بقوله ﴿قيل وان استعمله﴾ البائع قبل التسليم ﴿فلا خراج﴾ الا

= ذكرها في الغيث وشرح الاثمار ، واذا عرفت هذا فالمبيع ان لم يسلم نافذاً تلف من مال البائع او يسلم تسليماً غير نافذ ، فيتلف من ماله ايضاً ، الا ان يكون في يد المشتري او تلف بجنايته فانه يلحق بالتسليم النافذ ، فقوله في غير يد المشتري لا بد منه ليفيد ان تلفه في يده قبل التسليم النافذ يتلف به من ماله ولو حذفه لما استفيد هذا تمت ولله جزيل الحمد وله المنه وصلى الله على محمد واله وسلم .

(١) **قال** : فمن مال البائع ، اقول : لم يستدل الشارح لهذا الحكم ، واخرج البيهقي عن محمد بن عبدالله الثقفي ، ان رجلا اشترى من رجل سلعة فنقده بعض الثمن وبقي بعض ، فقال ادفعها الى فانا البائع فانطلق المشتري وتعجل له بقية الثمن فدفعه اليه فقال ادخل واقبض سلعتك فوجدها ميتة ، فقال رد على مالي فابا فاختصما الى شريح فقال شريح رد على الرجل ماله وارجع الى جيفتك فادفنها . وهذا رأى من شريح وفي شرح الاثمار ان هذا الحكم عند العتره والفريقين ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم « ان بعت من اخيك عذاقاً فاصابته جائحة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئاً بما تأخذ مال اخيك بغير حق » مسلم والنسائي وابو داود ، وفي رواية لأبي داود نحوه وفي اخرى للنسائي قال « من باع تمرفأصابته جائحة فلا تأخذ من اخيك شيئاً علام يأكل احدكم مال اخيه المسلم » قلت وهذا ورد في وضع الجوائح الذي اسلفنا لك تحقيقه فان هذا فسخ للعقد من اصله ، كما قال المصنف بالغيث في بيان مفهوم الازهار واذا تلف قبل التسليم النافذ كما تقدم ولم يتلف في يد المشتري ولا بجنايته انفسخ البيع من اصله وتلف من مال البائع ووجب على البائع رد الثمن ان كان قد قبضه من مال المشتري لأنه انكشف ح بقاؤه في ملك البائع ، هذا كلامه ، قلت : الا أن احاديث الجائحة لم تقيد ذلك بقبلية التسليم النافذ ولا بكونه في غير يد المشتري او بجنايته ، وكأنهم تصيدوا هذه القيود للحديث من القواعد ، ورأيت بعد هذا المنار قد اشار الى ما ذكرناه ، ثم قال : وعبارة المنتهي من فقه الحنابلة ، وما تلف سواء يسير لا ينضبط بجائحه وهي ما لا صنيع لادمي فيها ولو بعد قبض فعلى بائع ما لم تبع مع اصلها او تأخر اخذها عن عادته انتهى وهذا فقه الحديث والتخصيص بقبل القبض من رد الحديث الى الرأي والمذهب . والحمدلله ثم لا يخفاك ان حديث الجائحة خاص بالآفة السماوية وهم عمموا مطلق التلف وكأنه الحاق بالقياس كما سلف عن نهاية المجتهد ، واعلم انه خالف في هذا الحكم مالك فقال : انه يتلف من مال المشتري ويضمن له البائع القيمة اذ قد ملك المشتري بالعقد ، قال : الا المبيع كيلا او وزناً لان الكيل والوزن عنده من تمام العقد ، هكذا في شرح الاثمار عن مالك ، وفي

ان هذا [١] يناسب ما سيأتي في الشفعة من ان المشتري اذا استعمل المبيع بعد الطلب فلا اجرة عليه وربما يفرق بما سيأتي ﴿ **وان تعيب** ﴾ المبيع قبل التسليم باستعمال او بغيره ﴿ **ثبت الخيار** ﴾ وهذا [٢] تكرير لما تقدم في الخيارات ﴿ و ﴾ قوله : ﴿ **بعده** ﴾ عطف على قوله

= النهاية ان لمالك تفصيلا وذلك ان المبيعات عنده على ثلاثة اقسام مبيع يجب على البائع فيه حق يوفيه من وزن او كيل ، ومبيع ليس فيه حق يوفيه وهو الجزاف وما لا يوزن ولا يكال ولا يعد فما فيه حق يوفيه فلا يضمن المشتري الا بعد القبض وما ليس منه حق يوفيه وهو حاضر فلاخلاف من المذهب ان ضمانة من المشتري وان لم يقبضه واما المبيع الغائب فعن مالك في ذلك ثلاث روايات ، اشهرها ان الضمان من البائع الا ان يشترط على المبتاع ، والثانية انه من المبتاع الا ان يشترط البائع ، والثالثة التفرقة بين ما ليس بما مون البقاء الى وقت الاعطاء كالحيوان وبين ما هو مأمون البقاء ، والخلاف في هذه المسألة ينبني على ان هل القبض شرط من شروط صحة العقد او حكم من احكام صحة العقد والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال القبض لازم من شروط صحة العقد كان الضمان عنده من البائع حتى يقبض المشتري ، ومن قال انه حكم لازم من احكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال انه بالعقد يدخل في ضمان المشتري وتفريق مالك بين الحاضر والغائب ، والذي فيه حق يوفيه ، والذي ليس فيه حق يوفيه استحسان ومعنى الاستحسان في اكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدول ، وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على ان الخراج قبل القبض للمشتري ،وقدقال صلى الله عليه وآله وسلم «الخراج بالضمان » وعمدة المخالف حديث عتاب بن اسيد « ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لما بعثه الى مكةقال انههم عن بيع مالم يقبض وربح مالم يضمنوا»انتهى كلامه وانمااستوفيناه مع طوله ليعرف ان ما ينقل من مذاهب المخالفين من غير كتبهم لا يأتي بمالهم وعليهم ، وما اختاروه من العبارات وحرروه من الأدلة وهذا مثال من امثلة ذلك كما انهم ايضاً في نقلهم لمذاهب مخالفيهم كذلك يعدلون عن الفاظهم ونصوصهم وعيون ادلتهم وهذا كله ليس بانصاف .

ولم تزل قلة الانصاف قاطعة ... بين الرجال وان كانوا ذوي رحم

(١) **قوله** : الا ان هذا يناسب ما سيأتي في الشفعة ، اقول : قد حذفه الاثمار قال : شارحه وحذف قوله في الازهار قيل وان استعمله فلا خراج لأن المختار للمذهب ما ذكره ابو طالب من انه يلزم لكراء للمشتري ، اذ البائع مستهلك لمنافع ملكه بغير اباحة فلزمه قيمة المنافع وما احتج به المخالف من قوله صلى الله عليه وآله وسلم « الخراج بالضمان » فليس على عمومه والا لزم ذلك في الغاصب والمرتهن ، قلت : ومثله في الغيث .

(٢) **قوله** : وهذا تكرير ، اقول قد حذفه الاثمار ، قال شارحه لفهم ذلك مما تقدم في خيار العيب كما حذف أيضاً ـ قوله وبعده من مال المشتري لأنه قد فهم من قوله قبل التسليم الخ .

قبل التسليم اي اذا تلف المبيع بعد التسليم النافذ تلف ﴿ **من مال المشتري** ﴾ لنفوذ ملكه بالقبض سواء كان قد سلم الثمن او لا ﴿ **ولو** ﴾ تلف ﴿ **في يد البائع** ﴾ لأنه استرجعه من يد المشتري حتى يقبض الثمن . الذي [١] لم يشرط تعجيله لكن البائع يضمن القيمة في هذه الصورة وان استحق الثمن بخلاف ما لو عاد اليه بسبب لا يوجب الضمان كالوديعة ، وانما اطلق المصنف قوله ولو في يد البائع بناء على ان معنى التلف من مال المشتري استحقاق البائع للثمن ، وان لزمته القيمة للمشتري في بعض الأحوال كما لو كانت يده عليه بسبب يوجب الضمان كالرهن ونحوه ﴿ **و** ﴾ المبيع ﴿ **اذا استحق** ﴾ اي انكشف كونه لغير البائع ﴿ **رد لمستحقه** ﴾ سواء امكن المشتري عود الثمن له من البائع او لم يمكنه ثم الرد الى مستحقه مختلف حكمه ، لانه اما بالأذن من البائع او بالحكم او بغيرهما ﴿**فبالاذن او الحكم بالنيّة او العلم** ﴾ من القاضي بغصب البائع له ﴿ **يرجع** ﴾ المشتري عليه ﴿ **بالثمن والا** ﴾ يكن رده لمالكه بأذن بائعه ولا بحكم حاكم ﴿ **فلا** ﴾ يرجع المشتري على البائع لانه صادق من ادعاه وهي مصادقة على البائع والمصادقة على الغير لا تلزمه ﴿ **وما تلف** ﴾ قبل التسليم ﴿ **او استحق** ﴾ وكان التآلف او المستحق بعضاً ﴿ **منه** ﴾ فان كان ذلك التآلف او المستحق ﴿ **ما ينفرد بالعقد** ﴾ نحو ان يتلف او يستحق احد الثوبين المبيعين ﴿ **فكما مر** ﴾ في تلف الكل و تحقاقه ﴿ **فان** ﴾ كان التآلف مما لا ينفرد بالعقد نحو عور العين او نحـوه ، او ينفـرد بالعقد لكن تلفه قد ﴿ **تعيب به الباقي** ﴾ نحو ان يتلف احدى فردتي النعل فاذا كان التآلف على احد الوجهين ﴿ **ثبت الخيار** ﴾ للمشتري الا ان يكون التلف والتعيب بجناية المشتري فلا خيار كما تقدم .

فصل

﴿ **و** ﴾ **كان حقه ان يذكر في الخيارات** كما لا يخفي لأن ﴿ **من اشترى مشاراً اليه موصوفاً** ﴾ نحو بعت منك هذا البروان كان ﴿ **غير مشروط** ﴾ بحـرف الشرط ولا عقده فهو [٢] شرط فانما ﴿ **صح** [٣] **وخير في المخالف** ﴾ للوصف نحو ان يجده شعيراً بخيار

---

(١) **قوله** : الذي لم يشترط تعجيله ، اقول : زاده لاخراج ما لو شرط تعجيل الثمن فانه لو سلم البائع المبيع وشرط تعجيل الثمن فان التسليم غير نافذ وهذه احد الصور التي احترز عنها بقيد النفوذ فلا تدخل في قوله وبعده من مال المشتري .

فصل ومن اشترى مشار اليه

(٢) **قوله** : فهو شرط ، اقول : اي كعقد شرط وهو المشتمل على احد حروف علب او كالشرط .

(٣) **قال** : صح ، اقول : لم يذكر الشارح دليل الصحة ، وفي شرح الاثمار والغيث وانما صح لأن

فقد الصفة ، وقد تقدم فهذا تكرير ، وانما يخير ﴿ **مع الجهل** ﴾ للمخالفة والا كان علماً بالعيب حال العقد يبطل الخيار ان انكشف ادنا من الموصوف وان كان اعلى كان [١] الخيار للبائع مع الجهل ايضاً كما ذكر المصنف في بيع الصبرة التي جهلها البائع اذ لا فرق بين جهل القدر وجهل الجنس او الوصف ﴿ **فان شرط** ﴾ ذلك الوصف بحرف الشرط او عقده ﴿ **فخالف** ﴾ الواقع الشرط ﴿ **ففي** ﴾ مخالفة معظم ﴿ **المقصود** ﴾ لا عقد [٢] لان العقد مشروط بالمقصود ، واما قوله ﴿ **فسد** ﴾ فوهم [٣] لان الفساد انما ينشأ من جهالة استقرار العقد كما تقدم وذلك انما يكون في الشرط المستقبل لا الحالي كبعت منك ان كنت بن فلان ، والشرط في مقامنا من الحالي لأن [٤] المبيع حاضر مشار اليه ﴿ **و** ﴾ ان كانت المخالفة ﴿ **في الصفة** ﴾ نحو ان يقول بعت منك هذه الضان على انها كباش فاذا هي نعاج ﴿ **صح** [٥] ﴾

= الاشارة اقوى من الصفة فكان الحكم لها لا للصفة ومثله في البحر ، قال عليه المنار هذا مما ذكرنا لك من تخليطهم في القيد والمقيد تارة يجعلون القيد جزءاً من المقيد ، وتارة يفصلونه عنه بلا فاصل ، والظاهر هنا انه اشترى مشاراً اليه مقيداً بكونه برا كما لو جعله شرطاً بل ربما يدعى قوة الصفة لما ذكرنا من انها جزء من المقيد المشتري الذي لا يتم بدونها .

(١) **قوله** : كان الخيار للبائع ، اقول : لم يذكر في الغيث وشرح الاثمار انه يخير البائع بل قال في الغيث فان قلت اذا وجد المخالف على صفة افضل مما ذكر فما وجه التخيير قلت قد ذكروا انه مخير في الادنى دون الاعلى كما لو شرط الصفة والاقرب عندي ان العبرةفيه بغرض المشتري فان انكشف خلاف غرضه خير ولو كان اعلى ولم يذكر هنا ان الخيار للبائع ، وكلام الشارح مبني على انه لا فرق بين جهالة القدر والجنس والصفة والظاهر معه .

(٢) **قوله** : لا عقد ، اقول : يريد انه انتفى العقد صحيحاً وفاسداً عند انتفاء معظم المقصود ، وهذا كما اسلفه في الشروط حيث قال اي الشرط الحالي قيد لحكم الجزاء ينفذ به المبيع ان حصل والا فلا بيع رأساً .

(٣) **قوله** : فوهم لأن الفساد ، اقول :تقدم للشارح انه لا عقد اصلا لا أن هنا عقداً فاسداً حيث قال في شرح قوله فصل يفسده صريحها الا الحالي حيث قال ومثله ما مثلوا به خيار فقد الصفة وهو كلام متين .

(٤) **قوله** : لان المبيع حاضر مشار اليه ، اقول هذا يقتضي انه اذا كان المبيع حاضراً مشاراً اليه صح العقد ، وان كان مشروطاً بمستقبل مثل اذاجاء زيد فقد بعت منه هذا العبد ، ولا يقول به لأن علة الفساد الجهالة وهي حاصلة هنا فلو حذف هذا لكان اولى .

(٥) **قوله** : صح العقد ، اقول : اعرض الشارح عن الاستدلال لهذا وفي الغيث وانما صح العقد هنا

العقد ﴿ **مطلقاً** ﴾ اوعلماً [١] اوجهلا ﴿ **وخير** ﴾ الجاهل المشتري ﴿ **في الادنى** ﴾ اتفاقاً في الادنى والبائع في الاعلى على قياس ما تقدم للمصنف وانما يخيران ﴿ **مع الجهل و** ﴾ اذا كانت المخالفة ﴿ **في الجنس** ﴾ نحو بعت منك هذا الطعام على انه بر فاذا هو شعير ﴿ **فسد** ﴾ اي لم يقع لما عرفناك من معنى الفساد وان هذا شرط حالي لا يوجبه لعدم اقتضائه الجهالة في العقد ، واما القول [٢] بانه صحيح وانما يثبت الخيار لفقد الصفة فغفلة عن كون العقد خارجاً على جهة الشرط لا على جهة الوصف ﴿ **مطلقاً** ﴾ اي مع العلم والجهل ﴿ **و** ﴾ اذا كانت المخالفة ﴿ **في النوع** ﴾ نحو بعت منك هذا التمر على انه صيحاني فاذا هو برني ﴿ **فسد** ﴾ اي لم يقع العقد على قياس ما قدمناه لك في الشرط الحالي ، وانما يفسد ﴿ **ان جهل البائع** ﴾ ولا وجه للتقييد بجهله لما عرفناك من ان العقد خارج على جهة الشرط لا على جهة الوصف وان عدم الشرط الحالي موجب لعدم المشروط لا لفساده ، لان فساده فرع وقوعه ، وانما يفسد لجهالة فيه اوجبت عدم استقراره ﴿ **و** ﴾ كذا الكلام في قوله و ﴿ **الا** ﴾ يجهل البائع ﴿ **صح وخير المشتري** [٣] ﴾ فلا نكرره ﴿ **فان لم يشر** ﴾ الى المبيع نحو

= لأنه قد حصل المبيع على الصفة المقصودة المشروطة ولم يفت منها الا شيء يسير وجب لأجله الخيار في الادنى مع الجهل لا مع العلم فلا خيار له .

(١) **قوله** : سواء علما او جهلا ، اقول : فسر المصنف الاطلاق بسوى كانت الصفة مشروطة او غير مشروطة ، ومثله في شرح الاثمار .

(٢) **قوله** : واما القول بانه صحيح ، اقول : اشارة الى قول الامام يحيى فانه قال بصحته ، قال لكن للمشتري ابطاله بخيار فقد الصفة ان وجده ادنى يخير مع البقاء ويرجع بما بين القيمتين مع التلف ، وخالف ايضاً في المسألة الآتية في الفرع على نحو هذا الخلاف .

(٣) **قال** : وخير المشتري ، اقول اي في الاعلى والادنى قال المصنف ان قلت ما الفرق بين هذا وبين الصفة ؟ قلتم في الصفة يخير في الادنى دون الاعلى وهنا قلتم يخير فيهما ، قلت : المخالفة في الصفة اخف فاذا وجدها اعلى فقد وجد الغرض وزيادة بخلاف النوع فانه قد يكون الغرض بالنوع الادنى دون الاعلى فلا يكمل الغرض بالأعلى فان قلت فلم فرقتم بين العلم والجهل ، قلتم يفسد مع جهل البائع لا مع علمه بخلاف الجنس ، فقلتم يفسد مع العلم والجهل ، قلت لان البائع اذا علم فقد قصَدَ الى ما باع لا اذا جهل فانه لم يقصد الى بيعه فيفسد مع كونه اذا سلم النوع فقد سلم بعض المبيع بخلاف الجنس فانه وان قصد الى بيعه فلم يسلم المبيع ولا بعضه فيفسد مع علمه وجهله . فان قلت فلم جعلتم لعلم البائع تأثيراً في صحة البيع ولم يحصل لعلم المشتري ولا لجهله تأثيراً ؟ قيل لأن علم

اشتريت منك عشرة ازبود براً او على انها بر ﴿ **واعطى خلافه ففي** ﴾ اختلاف ﴿ **الجنس** ﴾ نحو ان يعطيه شعيراً وجب تسليم ذلك فان ﴿ **سلم البائع** ﴾ ذلك ﴿ **المبيع** ﴾ والا اجبر على تسليمه ان كان موجوداً عنده فان لم يكن [١] موجوداً عنده حال العقد فسد لأنه بيع ما ليس عنده وقد عرفت عدم صحته ﴿ **و** ﴾ اما ﴿ **ما قد سلمه** ﴾ من الشعير فهو ﴿ **مباح** ﴾ اباحة للمشتري ﴿ **مع العلم** ﴾ منه بانه شعير لكنه [٢] لما كان اباحة على عوض وحكمها حكم البيع فيرجع الى ما تقدم من مخالفة الجنس مع الاشارة فلا يثبت انه مباح ولا [٣] ﴿ **قرض فاسد** ﴾ وانما يثبت الخيار ﴿ **مع الجهل** ﴾ كما تقدم ﴿ **و** ﴾ اذا وقعت المخالفة في النوع مع عدم الاشارة ﴿ **خيِّرا** ﴾ اي البائع والمشتري ﴿ **في** ﴾ المبيع ﴿ **الباقي وترادا في التالف ارش الفضل** ﴾ وانما يترادان ﴿ **مع الجهل** ﴾ لا لو علم

= البائع علة وعلم المشتري شرط والاحكام تتعلق بالعلل لا بالشروط قاله في الزهور ، قلت ولا يخفى ما في الكلامين للناظر .

(١) قوله : فان لم يكن موجوداً عنده ، اقول : هذا لا بد منه وقد ذكره في شرح الفتح عن والده وعن الصعيتري وانهما قيدا به .

(٢) قوله : لكنه لما كان اباحةً على عوض ، اقول : في الغيث قول اصحابنا انه مباح مع العلم فيه نظر لأنه انما سلمه على طريق المعاوضة والاولى ان لا يكون مباحاً ، واختار هذا الاثمار فحذف قوله مباح مع العلم ، قال شارحه انما حذفه اختياراً منه لما ذكره الفقيه في انه لا يكون مباحاً مع العلم لأنه انما سلمه على طريق المعاوضة . ولله جزيل الحمد .

(٣) قوله : ولا قرض فاسد ، اقول تصرف الشارح في عبارة الاصل وجعلها نفياً عطفاً على ما نفاه من الاباحة وزحلف قيد مع الجهل عن مقيده فانه قيد لقرض فاسد مع بقائه مثبتاً كما اراده المصنف فنفاه الشارح كما ترا الا انه نفي المقيد دون قيده وهو غير لائق بمقام الاعتراض ، فانهم انما جعلوه قرضاً مع الجهل وهو جعله قرضاً مطلقاً ثم لا يخفاك انه لم يبين وجه النفي لكونه قرضاً وهو حكم لا بد له من وجه ، كما انه لا يخفاك انه ارجع المسألة الى مخالفة الجنس على الاشارة وحكم تلك المسألة فساد البيع لا التخيير فلا يصح ، قوله وانما يثبت الخيار مع الجهل فتأمل ، وقد اعترض المصنف اهل المذهب حيث جعلوه قرضاً فاسداً مع الجهل بأن قال وقولهم بانه كالقرض الفاسد مع جهل البائع فيه نظر ، والاولى ان يفصل فيقال ان كان المشتري عالماً ان البائع جاهل وانه غلط فيما سلم لم يكن كالقرض الفاسد بل كالغصب لانه لم يبح له التصرف فيه لانه سلمه غلطاً وان كان المشتري جاهلا كان في حكم القرض الفاسد يرجع به في الباقي مع البقاء وبمثله او قيمته مع التلف . واختاره حفيده في الاثمار

البائع انه اعلى وشرط ادنى فلا عقد كما عرفناك ولا صحة [١] في احكام هذا الفصل لغير هذا الحكم ولكن من اعتمد في اجتهاده على الخيال افضى به الى مثل هذا الخيال ﴿ **وحيث يخير المشتري في الادنى وقد بذر** ﴾ بما اعطى من الادنى ﴿ **جاهلا** ﴾ انه ادنى مما شرطه ﴿ **فله** [٢] **الخيارات** ﴾ الثلاثة الآتية في المزارعة ان شاءالله تعالى وهي ان شاء رضي بما دفع اليه وان شاء رجع بالارش وهو ما بين القيمتين وان شاء سلم الزرع والارض التي بذر فيها الى البائع ويرجع على البائع بثمن المبيع وكرا الارض وغرامته على الزرع لأنه مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بما غرم .

وصدره في الفتح وشرحه ، اذا عرفت هذا فالمصنف ومن تبعه اعترضوا وأبانوا الحكم والوجه والشارح اعترض ونفى الحكم فقط وكأنه ما وقف على الغيث وفروعه .

(١) قوله : ولا صحة في احكام هذا الفصل لغير هذا الحكم ، اقول : تقدم له تصحيح العقد في مخالفة الصفة وما يتفرع عليه من التخيير في الادنى ، وكذلك مع عدم الاشارة وصححه مع اختلاف فانه يجبر البائع على التسليم ، ثم هذا الذي ادعى انه لم يصح في الفصل سواه لم يربطه بدليل .

(٢) قوله : فله الخيارات ، اقول : قال المصنف فان قلت هذا لا يوجد له نظير لأن من استهلك على غيره شيئاً من ذوات الامثال سلم مثله او قيمته ان عدم المثل ، قلت قد ذكروا عن ذلك جوابين احدهما ان الهادي عليه السلام بنى ذلك على الصلح والتراضي لا على طريق الحكم ، ذكر ذلك ابن ابي الفاورس ، وقيل بل على طريق الحكم لأنه بذر بأذنه وهو غار له .

قلت : فعلى الاول كان يتعين تقييد كلام الازهار بالتراضي ، والشارح قد علل للتغريم بالغرر فهو يلاقي الجواب الآخر .

واعلم ان شارح الفتح ذكر مسألة برز البصل وطول في تفصيل ذلك وتحصيله .

بــاب

﴿ البيع غير الصحيح فصل ﴾



ر بما نبهناك ان **الصحة في العقد عند الفقهاء**[١] **عبارة عن ترتب** المقصود منه عليه ثم هم لا يريدون الترتب الحسي اذ كثيراً ما يتلف المبيع او أحد الزوجين قبل حصول شيء من المقصود وانما يريدون الترتب الحكمي وهو استحقاق التصرف شرعاً .

ثم لما كان العقد تعاوضاً بين اثنين في أمرين ينتفع بهما وقد لاحظ الشارع في ذلك أموراً[٢] وجودية جعلها الفقهاء شروطاً واخرى عدمية أي اعتبر بالنهي عنها عدمها . فمن جعل[٣] النهي للفساد فكأنه جعل وجودها مانعاً وانتفاءها شرطاً ، ولكن لا محيص له عن نفي الواسطة بين الصحيح والباطل لأن معنى الشرط ان عدمه مستلزم لعدم الترتب المذكور ، ومعنى المانع كون وجوده مستلزماً لعدم الترتب المذكور واذا ثبت عدم الترتب المذكور بعدم الشرط أو بوجود المانع لم يكن لاثباته في حال دون حال كما جعلوا ذلك معنى الفساد مناط الا التحكم والتخيل ولهذا ذهب الناصر والشافعي وهو في شرح الإبانة عن الهادي وغيرهم الى عدم

باب البيع غير الصحيح

(١) **قوله** : ـ عند الفقهاء ، أقول : اختلف الفقهاء والأصوليون في رسم الصحيح في العبادات فقال الفقهاء وبعض المتكلمين انه كون الفعل مسقطاً للقضاء ، وقال الجمهور من المتكلمين انه موافقة أمر الشارع هذا خلافهم في رسم الصحيح في العبادات ، واما في العقود والمعاملات واتفقوا انها ترتب ثمراتها المقصودة منها عليها ، هكذا أفاد الاتفاق الفصول ، وأقره الشارح في شرحه ، فكان يحسن هنا حذف قوله عند الفقهاء لايهامه اختلافهم في رسمه في المعاملات ايضاً وليس كذلك .

(٢) **قوله** : ـ أموراً وجودية جعلها الفقهاء شروطاً ، أقول : وذلك ككون البائع مالكاً لما باعه مختاراً والمبيع موجود عنده والعدمية كان لا يكون مالكاً ولا مختاراً ولا يكون المبيع موجوداً عنده فوجود العدمي مانع من الصحة وعدمه شرط في الصحة .

(٣) **قوله** : فمن جعل النهي للفساد ، اقول : اختلاف الأصوليين في النهي معروف وسبق طرف من ذلك ومن أثبت الواسطة بين الصحيح والباطل لم يجعل النهي للفساد مطلقاً بل لهم تفاصيل في ذلك معروفة وفرق بين النهي للذات والنهي للوصف وليس المقام لتحقيق ما قالوه ، نعم الحق ان النهي للفساد مطلقاً وانه لا واسطة بين الصحيح والباطل ، وقد اسلفنا في النكاح طرفاً من ذلك وفي المنار البيع مبادلة مخصوصة فاذا اجتمعت قيوده الثابتة بأدلتها فقد وافق اعتبار الشارع ، وذلك معنا الصحة ، وما لم يعتبر فيه القيود المعتبرة شرعاً فليس بصحيح بل يسمى باطلاً وفاسداً وغير معتبر شرعاً ، وغير ذلك ، فمن أخذ بعض قيود الصحيح وقال يوجب خللها البطلان اي عدم الاعتبار اصلاً وأخذ بعضها وقال توجب الفساد اي الاعتبار في حال دون حال وفي شيء دون شيء وبنوا على ذلك ما تراه من الأحكام والاصطلاح ، في التسمية سهل انما الشأن في إثبات الأحكام .

الواسطة بين الصحيح والباطل ، اما[1] للحكم بأن النهي للكراهة فقط أو للتحريم لكن[2] البطلان لا يلازم التحريم لجواز ترتب مقصود العقد عليه مع تحريمه كما هو رأى من لم يجعل النهي للفساد ما لم يصرح الشارع بالبطلان مثل فنكاحها باطل باطل أو ينفي الصحة نحو لا نكاح الا بولي عند من[3] يجعله لنفي الصحة لا نفي الكمال أو ينفي[4] الثمرة نحو للعاهر الحجر .

إذا عرفت هذي فقوله ﴿ باطله ما اختل فيه العاقد ﴾ المراد منه شروط العاقد من التكليف والملك والأذن والاختيار كما تقدم ، اذ لا معنى لاختلاله نفسه المراد منه عدمه لأن عدمه نفسه يوجب عدم وجود العقد ، وقد عرفت ان المراد بالبطلان بطلان الثمرة فحيث لا

---

(١) **قوله** : ـ أما الحكم بأن النهي الخ ، اقول : في تفرع عدم الواسطة على كون النهي للكراهة بُعدٌ بل الظاهر انه يؤخذ لهم من عدم اثباتها كون النهي للتحريم . تمت ولله جزيل الحمد وله المنّة .

(٢) **قوله** : ـ لكن البطلان لا يلازم التحريم ،أقول : يريد انه لا يكون التحريم ملزوماً للبطلان بل قد يوجد البطلان من دون تحريم ، فقد جعل البطلان اعم من التحريم ، كما يقال الانسان لا يلازم الحيوان وذلك لأن اللازم اسم فاعل هو الأعم للأخص فلا يوجد الا خص بدون الأعم ، بخلاف العكس فالملازم اسم مفعول الأخص فلا يصح نفي ملازمة الأعم للأخص ، فالظاهر انه انقلب الكلام على الشارح وانه أراد التحريم لا يلازم البطلان اذ قد يوجد التحريم من دون البطلان كتحريم الميتة والدم والخنزير فان البطلان من صفات العقود ، والتحريم اعم من ذلك يرشدك الى ذلك قوله لجواز ترتب مقصود العقد عليه مع تحريمه ، فوجدت الصحة وهي الترتب مع تحريمه ما ذاك الا لأن التحريم اعم من البطلان ، اذ وجد مع وجود نقيض البطلان ، ولذلك قال انه لا يدل الا بتصريح الشارع بالبطلان .

(٣) **قوله** : ـ عند من يجعله لنفي الصحة ، أقول : فيكون معناه لا صحة للنكاح الا بولي ولا بد من زيادة قيد والا ثبتت الواسطة فان نفي الصحة لا يستلزم البطلان الا عند القائل بذلك .

(٤) **قوله** : ـ أو ينفي الثمرة ، أقول : لا يخفي ان سياق الكلام انه لا يدل على بطلان العقد الا التصريح ببطلانه او نفيه لصحته أو لثمرته ، وحديث « للعاهر الحجر » حكم فيه بعدم ثبوت فراش الزاني وثبوت الفراش ثمرة عقد النكاح ، لكن لا يخفاك انه نفي الثمرة عن وطى الزاني لأنه عن غير عقد فليس مما نحن فيه ، هذا ولا يعزب عنك انه تقدم للشارح ان معنى التّرتب استحقاق التصرف شرعاً ومن البعيد ان يبيح الشارع التصرف في شيء ويجعل التصرف فيه حقاً وهو محرم عنده فانه تناقض ظاهر لأنه جعل التصرف حقاً .

مثمر فلا معنى لنفي الثمر ﴿ أو فقد ذكر الثمن أو المبيع ﴾ لما عرفت من انه تعاوض بين اثنين في أمرين ينتفع بهما ، فحيث لا يذكر احد العوضين لا يتحقق التعاوض رأساً الا ان تسمية هذا باطلاً تجوز[١] لما عرفناك من ان بطلان الثمرة فرع وجود المثمر ولا مثمر هنا لانتفاء جزء المعاوضة وانتفاء جزء المجموع موجب لانتفائه فالحكم فيه بنفي صفة الصحة كناية عن نفي الذات كما في :

لا تقرع الأرنب أهوالها ولا يرى الضب بها ينحجر . .

وأما قوله ﴿أو﴾ فقد ﴿ صحة تملكهما ﴾ في الحال فتهافت[٢] لأنه تعريف بالأعم لأن التملك المفقود الصحة أعم من الباطل لشموله الفاسد ، ثم هو دور ايضاً لأن بطلان العقد عبارة عن عدم صحة تملك المعقود عليه كما وصيناك ، فلو قال أو جواز تملكهما على ان عدم جواز التملك انما ينشا في الأغلب عن كون المتملَّك منهياً عن تملكه والنهي انما يقتضي الفساد لا البطلان فمن فرق بين الفساد والبطلان مثل المصنف واتباعه لم يجد دليلاً على البطلان الا النهي

---

(١) قوله :ـ تجوز، أقول: وتسمية العاقد عاقداً فيه تجوز ايضاً ولايخفى ان هذه التسمية مثل تسميته صلى الله عليه وآله وسلم للعقد الصادر من غير ولي باطلاً فهو في الكل تسمية للصورة الصادرة عن ايجاب وقبول فقد سماه عقداً حيث قال كل نكاح والمراد به هنا العقد اذ الولي شرط له والكلام متوجه اليه وحكم عليه بالبطلان فدل على ان صور العقود التي لا ترتب عليها ثمراتها كالصلاة الفاسدة تسمى صلاة كدعي الصلاة ايام اقرائك .

(٢) قوله : ـ فتهافت لأنه تعريف بالأعم ، اقول : اراد ان يكون المبيع والثمن مما يصح تملكهما يمكن به شرعاً وقوعهما مبيعاً وثمناً فيخرج نحو الميتة وأرض مكة كما سلف في رسم البيع وح فلا يتم قوله لأن التملك الخ فتأمل .

قوله : ـ فان تملكهما غير صحيح ، اقول : ان أريد على تقدير اثبات الواسطة وهي المراد له فقد لا يسلم انه غير صحيح لأنهم اجازوا الدخول في العقود الفاسدة ولا فائدة في الدخول فيه الا تملك العين المعقود عليها وتملك بالقبض او الاذن ملكاً يصح معه التصرف فيها ، وهذه ثمرة الملك الصحيح ايضاً ، واما جواز فسخه بالحكم ولو بعد القبض ففرق من وراء الجمع فانهما أي الصحيح والفاسد قد اجتمعا في استحقاق التصرف في العين شرعاً وتعريض احدهما للفسخ لا يرجع على هذا الاشتراك بخلل وما هو الا كفسخ العين المعقود عليها عقداً صحيحاً بالعيب ، واما على رأي من لا يثبت الواسطة فلا يملك اصلاً بل لا عقد على وفق ما سلف له .

فيلزمه بطلان كل منهي عنه أو التحكم بالحكم ببطلان مثل بيع الميتة وما لا ينتفع به وفساد[١] بيع الخمر والخنزير .

نعم ما اجمع على عدم تملكه كالحر المسلم انما يبطل بيعه لأنه ليس بمال رأساً لا لأنه منهي عن بيعه فقط كما في الميتة ، وكيف لا وهي حلال في بعض الأحوال ﴿**أو**﴾ فقد ذكر ﴿ **العقد** ﴾ كما في المعاطاة بناء على ان العقد هو الايجاب والقبول باللفظ بدليل[٢] ما ثبت في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي سعيد وأبي هريرة من النهي عن بيع الملامسة والمنابذة بيعين كانا في الجاهلية يلمس الرجل بيده ثوب الآخر بليل أو نهار لا يقلبه فيلزمه البيع بذلك من غير لفظ .

والمنابذة ان ينبذ كل منهما ثوبه الى الآخر فيلزمه البيع بذلك من غير لفظ وعن بيع الحصاة الثابت من حديث أبي هريرة عند مسلم وأبي داود والترمذي والنسائي وقال حسن صحيح ان يرمي الثوب بالحصاة فيلزمه من غير لفظ ، الا انك عرفت ان غاية النهي عن المذكورات حرمتها لا كون[٣] اللفظ شرطاً في التعاوض ليستلزم انتفاؤه انتفائه حتى تكون

---

(١) **قوله** : ـ وفساد بيع الخمر والخنزير ، اقول : قال المصنف اما اذا كان خمراً أو خنزيراً فقال المنصور بالله وظاهر كلام القاضي جعفر انه يكون باطلاً وظاهر كلام الهدوية وأبي مضر انه يكون فاسداً ثم قال والصحيح الأول والحجة لنا ان الخمر والخنزير لا يملكهما المسلم فكأنه اشتري بغير ثمن مذكور فلزم ان يكون باطلاً .

(٢) **قوله** : ـ بدليل ما ثبت ، اقول : مثله في شرح الأثمار في رسم البيع وفي البيع جعل النهي عن المنابذة والملامسة لأجل انه من المستقبل ذكره في شرح قوله غير موقت ولا مستقبل .

(٣) **قوله** : لا كون اللفظ شرطاً في التعاوض ، بل لا دلالة فيها على ان النهي لفقد اللفظ وفي شرح العمدة اختلفوا في تفسير الملامسة فقيل هي بأن يجعل اللمس بيعاً بأن يقول اذا لمست ثوبي فهو مبيع منك بكذا وبكذاوهوباطل للتعليق في الصيغة ، وعدوله عن الصيغة الموضوعة للبيع شرعاً وقدقيل هذا من صورة المعاطاة ، وقيل تفسيره ان يبيعه على انه ان لمس الثوب فقد وجب البيع وانقطع الخيار وهذا ايضاً فاسد بالشرط الفاسد وفسره الشافعي ان يؤتى بثوب مطوى أوفى ظلمه فيلمسه الراغب ويقول صاحب الثوب بعتك هذا بشرط ان يقوم لمسك مقام النظر ، وهذا فاسد ان ابطلنا بيع الغائب وكذا ان صححناه لاقامة اللمس مقام النظر ، وقيل يتخرج على نفي شرط الخيار واما لفظ الحديث الذي ذكره المصنف وهو ان الملامسة لمس الثوب لاينظر اليه فانه يقتضي ان صحة الفساد عدم النظر والتقليب واما

المعاطاة باطلة ولهذا ذهب المؤ يد بالله الى كونها مقتضية للملك لحصول التراضي فيها بالتعاطي القائم مقام اللفظ لعدم الدليل على كون اللفظ شرطاً كما عرفناك على ان اللفظ عند من اعتبر خيار المجلس غير مؤ ثر في الصحة التي هي استحقاق التصرف الا بشرط انقضاء المجلس ، او قول احدهما لصاحبه اختر ليتحقق بذلك حصول الرضا المعتبر في قوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض) وقد جعلوا السكوت منبياً عن الرضا كما في البكر فضلاً عن الأفعال الدالة عليه فانهم انما اثبتوا العمدية الموجبة للقصاص باستعمال الجارح في المقتل وبنوا عليه قتل النفس فضلاً عن ملك المال، وعرفت ايضاً ان الاجازة في الموقوف هي في الحقيقة البيع وهي تصح بما يفيد التقرير من فعل او نحوه كالتخلية ﴿ **والمال** ﴾ الذي هو المبيع والثمن ﴿ **في الأول** ﴾ ـ وهو اختلال العاقد ﴿ **غصب** ﴾ يجري عليه احكام الغصب كما سيأتي ، وهذا صحيح لأن تصرف الصبي والمكره وغير المأذون كلا تصرف فكان الأخذ للمال من أيديهم أخذ له بلا سبب الا الغصب ﴿**و**﴾ اما قوله انه ﴿ **في التاليين** ﴾ فقد أحد العوضيين أو فقد صحة تملكهما ﴿ **كذلك** ﴾ فمما لا وجه[1] له ومن العجائب انه قال في البحر قلت والمال حيث بطل لخلل

= المنابذة فقد ذكر في الحديث انها طرح الرجل ثوبه لا ينظر اليه ، والكلام في هذا التعليل كما تقدم . واذا عرفت هذا فلا يتم الاستدلال بالحديث على شرطية التلفظ بالايجاب والقبول لأنه يحتمل ان النهي لغير ذلك ، وما دخله الاحتمال بطل به الاستدلال ، فيبقى على الأصل وهو ان كل ما حصل به الرضا ودل عليه صح به البيع الا ما نهى عنه كالمنابذة والملامسة وبيع الحصاة ، وانها وان دلت على الرضا فلا يصح البيع للنهي وان جهلت علته المعينة ، ثم قال ابن دقيق العيد واعلم ان في كلا الموضعين يحتاج الى الفرق بين المعاطاة وبين هاتين الصورتين ، فاذا علل بعدم الروية المشترطة فالفرق ظاهر، واذا فسر بأمر لا يعود الى ذلك احتيج الى الفرق بينه وبين مسألة المعاطاة عند من يجيزها . ولك ان تقول الفرق انه ورد النهي عن هاتين الصورتين وجهلنا علته فحكمنا بانها لا تصح المعاطاة بهاتين الصورتين وصورة الحصاة للنهي ويصح في غيرها لعدم الدليل على اشتراط اللفظ ، وبعد هذا تعرف قوة ما ذهب اليه الشارح من عدم اشتراط اللفظ وتقدم له في الاستدلال على عدمه حديث القدح والحلس ، وهو ناهض واجاب المصنف عن حديث القدح والحلس بأنه محقر ، قال عليه المنار وهو رد بنفس المذهب ، والى مثل ما ذهب اليه الشارح ذهب ابن القيم في كتابه الهدى .

(١) قوله : ـ فمما لا وجه له ، اقول : هو كما قال فانه خرج المال عن كل من المالكين بالرضا فأين هو من حقيقة الغصب ، وقد صرح المصنف وحفيده ايضاً بانه قبض المال بالرضا وبذلك فارق الغصب في الأربعة الأحكام ، فالحق ما قاله الشارح وان التاليين كالرابع ، وتسميته رابعاً نظراً الى الأول والا فهو

العاقد غصب وفيما عداه كذلك فعمم الحكم بالغصبية فيما عدا الأول ، ثم علل قوله ﴿ **الا انه يطيب ربحه ويبرىء من رد اليه ولا اجرة ان لم يستعمل ولا يتضيق الرد الا بالطلب** ﴾ بقوله اذ قبضه برضا المالك لا على وجه حظر فهو كالمباح أبهى . وهل هذا الا تناقض بين خبط ومتعين ، والا فكيف يصح الحكم بانه كالغصب ثم يحكم عليه بانه كالمباح ؟ فالحق ان الحكم في التاليين ﴿ **وفي الرابع** ﴾ وهو فقد العقد واحد وهو ان كلا منهما ﴿ **مباح بعوض** ﴾ الا انه[1] في الرابع مذكور وفي الأوسط مضمر وفي الثالث حرام ﴿ **فيصح فيه كل تصرف** ﴾ وأما قوله ﴿ **غالباً** ﴾ فاحترز به عن وطء الأمة وهو تخصيص بلا مخصص الا ما يتخيل[2] من ان احكام الفروج مخالفة لأحكام المال وهو خيال كاذب لا مستند له من نقل ولا عقل ، وأما تشديد الشارع في النهي عن الزنا فالزنا معروف وقد كفى في المتعة ما هو اضعف [3] من المعاطاة ، ولهذا جوزه المؤيد وعن الشفعة [4] فيه اتفاقاً ﴿ **و** ﴾ **انما لم تصح**

= ثالث اذ حكم الأول قد فرغ منه انه غصب وبقي حكم الثلاثة ، قال المصنف ان الثاني هو فقد ذكر احد العوضين ، والثالث وهو فقد صحة تملكهما حكمهما حكم الغصب الا في الأربعة التي ذكرها من طيب الربح وبراة من صارا تحت يده بالرد الى من هما في يده كالغصب مع انه في الغصب الحقيقي لا يبرا الا بالرد الى يد المالك فضمير اليه في عبارة المصنف يعود الى من هو كالغاصب ، وكذلك عدم الأجرة وانه لا يتضيق الرد الا بالطلب لا دليل على اخراجها من حكم الغصب واما تعليله فانه قبض قبض العوض برضا المالك فانه رجوع عن كونه كالغصب ، فكلام الشارح متين .

(١) **قوله** : ـ الا انه اي العوض في الرابع اي التي بالنظر الى الأول والا فهو ثالث وهو حيث فات التلفظ بالعقد ، وفي الأوسط أي الأول من الثلاثة وهو حيث فقد ذكر أحد العوضيين مظمر اي العوض وما ظهر لي وجه اضماره وفي الثالث وهو فقد صحة تملكهما حرام اي العوض فسر المصنف عدم صحة تملكهما بقوله نحو ان يكون الثمن او المبيع لا يصح تملكه كالميتة كان العقد باطلاً ، قلت فكان حق العبارة ان يقول او فقد صحة تملك احدهما .

(٢) **قوله** : ـ الا ما يتخيل من ان احكام الفروج ، اقول : علله في شرح الأثمار انه انما لم يجز وطء الأمة المأخوذة بالمعاطاة لأن تصرف المشتري فيها مستند الى اباحة البائع له والوطء مما لا يستباح بالاباحة ، وفي البحر الأولى التعليل بعدم استقرار الملك لتعريضه للفسخ ولا وطء الا في ملك مستقر لتشديد الشارع في الفروج ، هذا كلامه ، قلت والظاهر كلام المؤيد .

(٣) **قوله** : ـ ما هو اضعف من المعاطاة كالمتعة ، اقول : بل المتعة من المعاطاة كما افاده حديث ابن مسعود الذي اخرجه الشيخان كنا نغزو وليس لنا نسا فرخص لنا ان ننكح المرأة بالثوب الى اجل مسمى . ومعلوم انه يعطيها الثوب وتعطيه نفسها ، فكيف يقول انها اضعف من المعاطاة ، بل هي منها .

(٤) **قوله** : ـ وعن الشفعة فيه اتفاقاً ، اقول في شرح الأثمار واما قوله في الغيث وكذلك الشفعة به عند

الشفعة فيه عند الهدوية لعدم استقرار الملك اذ يجوز لمعطيه ﴿ **ارتجاع الباقي** ﴾ منه عندهم ﴿ **و** ﴾ اما عند المؤيد فلأنه وان كان الملك عنده ﴿ **فيه** ﴾ بالثمن لا ﴿ **بالقيمة** ﴾ كما يدعيه الهدوية فلأن الملك معرض للفسخ بسبب الخلاف .

قلت : الا ان كون تعريضه للفسخ مانعاً عن الشفعة مما يفتقر الى دليل على المانعية ﴿**و**﴾ لا يقال انه ﴿ **ليس بيعاً** ﴾ عند الجميع فلو حلف لا باع لم يحنث بالمعاطاة لأنا نقول ان أريد أنه ليس بيعاً لغوياً ولا شرعياً فممنوع ، وان أريد انه ليس ببيع في عرف الفقهاء فمسلم والايمان تنصرف[1] الى العرف كما ان الأحكام تنصرف الى الحقائق الشرعية واللغوية هذا في باطل البيع ﴿**و**﴾ أما ﴿ **فاسدة** ﴾ فهو ﴿ **ما اختل**[2] **فيه شرط غير ذلك** ﴾ بناء على[3] ما أشرنا لك اليه من توهم كون عدم الوصف المنهي عنه شرطاً للصحة أو وجوده مانعاً ،

الجميع فلعله سهو من الناسخ اذ لا يستقيم دعوى الاتفاق على ذلك ، بل الشفعة به تصح على قول المؤيد ومن وافقه ، قلت وكان هذا وقع في نسخة شارح الأثمار والذي رأيناه في الغيث يحترز من الوطء للأمة المأخوذة بالمعاطاة فانه لا يجوز وطؤها خلاف المؤيد ، وكذلك الشفعة لا تصح عند الجميع ، هذا لفظه ولقد اجاد (**الشارح**) في ادماجه كلامه في كلامه في قوله اذ يجوز مع رصانة الكلام وحسن اندماجه وجعل عبارة الأزهار دليلاً للهدوية ، وللمؤيد وكثيراً ما أتى له مثل ذلك (**وهو في حسن العبارة امام بلا كلام**) وذلك انه جعل قوله ويجوز ارتجاع الباقي دليلاً للهدوية في عدم صحة الشفعة ، وجعل قوله وفيه القيمة ادماجاً لدليل المؤيد وهو تعريضه للفسخ .

(١) **قوله** : ـ ينصرف الى العرف ، اقول : ليس المراد عرف الفقهاء كما يوهمه كلامه بل الى العرف العام عند المخاطبين .

(٢) **قال** : ـ ما اختل فيه شرط غير ذلك ، اقول : غير الأربعة ومثل المصنف الغير بقوله نحو ان يكون الثمن او المبيع مجهولاً او يكون العقد بغير لفظ ماض أو يكون المبيع غير موجود في الملك فانه يكون فاسداً .

(٣) قوله : ـ بناء على ما أشرنا لك اليه الخ ، اقول : يأتي لنا نقل كلام المصنف في وجه التفرقة بين الشروط قريباً ، وانه لأجلها انقسم البيع الى باطل وفاسد .

وقد حققنا في شرح الفصول فساد الأمرين في بحث[١] كون النهي يقتضي الصحة كما تقوله الحنفية ويستلزم قول أهل المذهب ان اللفظ في خطاب الشارع انما ينطلق[٢] الى الصحيح فلزمهم أن تكون احكامه التي خصصوه بها ثابتة بلا دليل مثل ما تقدم في النكاح من مخالفة الصحيح في الاحلال والاحصان ونحوهما وما سيأتي من مخالفته الصحيح في الملك بالثمن وبمجرد العقد ونحوهما ﴿و﴾ أما قولهم انه ﴿ **يجوز عقده** ﴾ فانما يتمشى على جعل مناهي البيع كلها للكراهة كما ذهب اليه الناصر والامام يحيى والشافعي ، ونبهناك فيما سلف عليه ،

---

(١) **قوله** : ـ في بحث كون النهي يقتضي الصحة ، اقول : لعلها تتوق نفس الذكي الى معرفة ما حققه هنالك وقد قدمنا لفظه في النكاح في فصل الشروط فراجعه بتأمل تعرف انه لا يفي بحوالة الشارح هذه . .

(٢) **قوله** : ـ انما ينطلق الى الصحيح ، اقول : قال في الفصول وانما يتناول الخطاب الشرعي الصحيح، قال الشارح في شرحه له أي من الشرعيات فاذا ، قال الشارع صل فالمراد افعل الصلاة المستكملة الشرائط وكذلك اذا قال بع أو انكح أو طلق ، وفي ذلك بحث الى ان قال وايضاً يستلزم ان يكون النهي مقتضياً للصحة كما هو مذهب البعض لأن النهي من الخطاب وسيأتي ذلك في مباحث النهي ، ويستلزم ايضاً ان لا يجري شيء من احكام الصحيح على الفاسد ، لأن الخطاب المطلق اذا لم يشمل الا الصحيح ، والأحكام الشرعية له فقط، احتاج الفاسد الى ادلة على احكامه غير ادلة المطلق ولا دليل غيرها ، فاثباتها للفاسد لا بدليل ، وقياس الفاسد على الصحيح لا يصح لظهور الفارق انتهى كلامه فقول الشارع لا تصل في أوقات الكراهة مثلاً مراد به لا تفعل الصلاة المأمور بها في ذلك الوقت نفلاً أو ايجاباً والشارع لم يأمر الا بالصحيحة والنهي لا يكون الا عنها ، وخطابه في باب الأوامر والنواهي واجب فالمنهى عنه هو الصحيح وهو مراد من قال ان النهي يقتضي الصحة فصيغة النهي لم ترد الا على الصحيح وتفيد انه ان فعل هذا المنهى عنه في وقت الكراهة مثلاً فهو فاسد ضرورة انه لا ينهي عن الصحيح الا من حيث ان فعله لا تترتب عليه ثمرته وهو معنى الفاسد ، فكأنه قال اترك هذا الصحيح فان فعلته فهو فاسد ، وهذا المعنى لا ضير فيه غايته ان العبارة شنعت لما قيل النهي يقتضي الصحة لايهامها انه يقتضي صحة فعل المنهي عنه مع مقارنة ما يفسده ، وليس كذلك بل المراد ما سمعته ، وقوله يستلزم الخ كلام صحيح ووجهه صبيح وقريب منه في المنار وقد قدمنا لفظه واستدل المصنف بشرا بريرة فانه بيع وشرط وهو فاسد وقد قرره النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، ورده المنار بأنا لا نسلم انه بيع فاسد اذ طابق أمره صلى الله عليه وآله وسلم وهو معنى الصحيح ، ثم ذكر تناقضاً وقع للمصنف في حديث بريرة واخذ الأحكام منه ، واعلم ان المصنف قد تنبه لما اورده الشارح والمنار فقال تنبيه قد يقال ما المخصص لشروط صحة البيع حتى جعلتم بعضها صحيحاً ، اذا فات بطل البيع ، وبعضها اذا فات لم يبطل بل يفسد ، والجواب على ما فهم من كلام الشرح ان ما صح تملكه في حال

واما من جعل النهي للحظر فقد نكص عن أصله وتخبط في الأحكام بخيالات جهله ولهذا[١] ثبت القسم على القول بحظره واما احتجاج المصنف على الجواز بفعل[٢] المسلمين وما استحسنه المسلمون فهو عند الله حسن فحجة عليه ظاهرة في ان النهي للكراهة لأن الأمة لا تجتمع على محظور وايمة الأصول قاطبة مجمعون على ان نهي الكراهة لا يقتضي الفساد ، وان قال في جمع الجوامع انه يقتضي الفساد في الأظهر ، فقد حققنا عدم ظهوره في شرحنا لمختصر المنتهى ولكن من فرع على غير الأصول واستحلى خيالات المقلدين الذين عجزوا عن مصاولة الفحول فجدير بأن يخبط خبط عشوي ويبني أحكام الله على ما املوه له من الأهواء واما قوله ﴿ **الا مقتضى الربو فحرام باطل** ﴾ فاستثناء منقطع كأنه توهم ان قوله : ما اختل فيه شرط في قوة ما نهى عنه كما نبهناك عليه ليدخل بيع الربو في عموم المنهي فيتصل استثناؤه ،على ان[٣] تخريج المؤيد بالله ان الربو غير المجمع عليه كقرض درهم بدرهمين نسا فاسد يملك بالقبض ، وقواه المصنف ايضاً ، وأبو حنيفة على انه صحيح ، اذا طرحت الزيادة لم يحتج الى تجديد عقد ﴿ **وما سواه** ﴾ أي سواء مقتضى الربو ﴿ **فكالصحيح** ﴾ في جميع احكامه من جواز التصرف والانتفاع ﴿ **إلا** ﴾ في احكام منها ﴿ **انه معرض للفسخ** ﴾ من الحاكم ، اذا تشاجرا الى حاكم يرى حرمة الدخول فيه كالقسم اما من يرا جواز الدخول فيه وعقده فلا

= وجعل فيه تسليط وبدل يقوم في حال فهذا يوجب الملك لقوله تعالى (لا أن تكون تجارة عن تراض) وما كان على هذه الصفة فهو يسمى تجارة وما لم تحصل فيه هذه الأوصاف فلا دليل على الملك ثم ذكر فوائد القيود المذكورة ، ولا يخفاك ضعف هذه التفرقة .

(١) **قوله** : ـ ولهذا ثبت القسم على القول بحظره ، اقول : قال القسم واحد قولي المؤيد لا يجوز الدخول فيه ويملك بالقبض ، وقال الناصر والشافعي انه يجوز ولا يملك بالقبض ، قال في المنار والحجة معه يعني القسم لا ان قول الناصر والشافعي اقرب لأنه يعود من باب الاباحة ويأتي للشارح ان الشافعي ناقض نفسه ، لكن قال المصنف في الغيث ان الناصر والشافعي يقولان لا يجوز ولا يملك بالقبض .

(٢) **قوله** : ـ بفعل المسلمين ، اقول : اراد به الاجماع ، ولفظه في البحر قلنا اجماع المسلمين ، فقال عليه المنار قد تكرر لنا ابطال نحو هذا فانه لا عبرة بالعامة واجماع المجتهدين في عصر من الاعصار على الدخول فيه وعدم النكير غير معلوم ولا مظنون ورد ذلك مكابرة .

(٣) قوله : ـ على ان تخريج المؤيد ، اقول : في الغيث وتخرج أبي طالب انه باطل ، لا يملك بالقبض وهو الذي في الأزهار لأنه قال فحرام باطل .

يجوز[١] له ان يفسخه ، لأن الالزام انما يكون بترك محظور أو فعل واجب يعتقدهما الحاكم ﴿و﴾ الفسخ يصح و ﴿ان﴾ كان ﴿ **قد تلف** ﴾ المبيع ليكون اللازم انما هو قيمته لا ثمنه فيكون فائدة الفسخ التراجع فيما بينهما الا ان القياس ان لا يقصر حكمه عن حكم الهبة في ان التلف فيها[٢] مانع عن الرجوع بالقيمة وكذا موتهما أو أحدهما مانع للفسخ ، كما يمنع الرجوع في الهبة ، ولأن انتقاله بالموت الى ملك الوارث كانتقاله بالبيع ونحوه ، استهلاك حكمي ﴿و﴾ منها انه ﴿ **لا يملك الا بالقبض بالاذن** ﴾ من البائع لا كالصحيح يملك بمجرد العقد ، وقال الناصر والشافعي لا يتم الملك قبل القبض ولا بعده اما اذا كان النهي للحظر فهو يقتضي الفساد ، واما اذا كان للكراهة فكذا عند الشافعي يقتضي الفساد ، واذا كان النهي بوصف لا ينفك عن المنهي عنه لكن حققنا ضعف القول بذلك في شرحنا لمختصر المنتهي وهو تهافت[٣] لا اعلم صدور مثله عن الشافعي كيف يعترف بجواز الدخول فيه وجواز الدخول فيه مستلزم لكون النهي للكراهة والكراهة لا تقتضي الفساد فضلاً عن البطلان ، وهل هذا الا منع للنتيجة بعد تسليم المقدمتين؟ لأنه ينتظم قياسه هكذا عقد الفاسد لا يكون محظوراً وكل ما لا يكون محظوراً لا يبطل فعقد الفاسد لا يبطل والمقدمتان مسلمتان[٤] وتركيبهما من صورة الشكل الأول وعلى شروطه ضروري الانتاج فلو لم يملك به لكان ذلك نفس البطلان الذي هو نقيض النتيجة ﴿ و ﴾ منها ان ﴿ **فيه القيمة** ﴾ لا الثمن بناء على انه يكون معرضاً للفسخ غير مستقر ملكه للمشتري فكأنه مضمون عليه ، والضمان انما يكون بالقيمة لكن قد عرفت ان هذا انما يتمشى على قول القسم بحرمة الدخول فيه كالربو فيكون مضموناً على من هو في يده ، اما على غير مذهب القسم ففيه ما اوردنا على الناصر والشافعي ﴿ و ﴾ منها انه ﴿ لا

---

(١) **قوله** : ـ فلا يجوز له ان يفسخ ، اقول : هذا خلاف صريح : كلامهم فانهم قالوا اذا كان يرى فساده فله فسخه ، والذي يرى فساده قائل بجواز الدخول فيه اذ القائل لا يجوز الدخول فيه قائل ببطلانه ، الا ان ما ذكره الشارح وان كان خلاف صريح كلامهم هو الأقرب الى الصواب .

(٢) **قوله** : ما نع عن الرجوع بالقيمة ، اقول في شرح الأثمار وقد قيل ان الفسخ لا يلحق التالف والصحيح الأول وهو في الغيث وشرح الأزهار ولكنه لم يعلل وجه صحة الأول .

(٣) **قوله** : ـ وهو تهافت ، اقول : علل المصنف كلام الشافعي بانه باطل ولا يملك بالباطل ، وفي كلام المنار السابق ما يشعر بأنه يقول انه اباحة ، فقوله لا يملك يريد بالعقد الباطل وجواز الدخول فيه ليس لكونه بيعاً بل لكونه اباحة فان تم هذا فلا يتم تهويل الشارح عليه .

(٤) **قوله** : ـ مسلمتان ، اقول : قد يقال الشافعي يمنع المقدمة الأولى لعدم ثبوت عقد فاسد عنده .

يصح ﴾ أي لا يجوز ﴿ **فيه الوطء** ﴾ بناء على التخيل[١] الذي عرفناك فساده وقد يروي فقهاء الأزهار الاجماع على ذلك في حواشيهم ويغفلون عن رواية المصنف في البحر للخلاف في جوازه وقياسه بعد القبض على الهدية لأنها اباحة من كل وجه ، وانما اجاب المصنف بقوله قلت : ملك الهدية مستقر فافترقا ولا يخفى انه مصادرة بعد الاعتراف بجواز الدخول في العقود الفاسدة لصحة منع الفرق ح انما يتجه على قول القسم بالتحريم ﴿و﴾ منها انه لا يصح ﴿ **القبض بالتخلية** ﴾ وقد عرفت ما في ذلك بعد الاعتراف بجواز الدخول في الفاسد فانه قد هدم هذه الفروق كلها .

﴿ فصل ﴾

﴿و﴾ **الفوائد** ﴿ **الفرعية فيه قبل الفسخ للمشتري** ﴾ لما عرفت من انه مضمون عليه بالقيمة وقد ثبت حديث الخراج بالضمان كما تقدم ﴿و﴾ اما قوله ان ﴿ **الأصلية** ﴾ في يد المشتري ﴿ **امانة و** ﴾ انها ﴿ **تطيب** ﴾ للمشتري اما ﴿ **بتلفه** ﴾ أي المبيع ﴿ **قبلها** ﴾ أي قبل تلفها وحذف المضاف في ذلك خطا لايهامه ان المراد قبل حصولها وهو مناقضة ﴿و﴾ اما انها تطيب ﴿ **بفسخه بالرضا** ﴾ فكلام متناقض اذ لا قائل بأن شيئاً من الأمانة يطيب للأمين غاية الأمر ان يكون الباقي منها حال الفاسخ تابعاً للمبيع في كونه معرضاً للرجوع الى البائع بعد الفسخ ، وكيف يصح لذى عقل فضلاً عن ذي نظر ان يقول يجوز له قبل الفسخ الانتفاع بعين البيع واتلافه ، واما لبنه وصوفه فلا يجوز له الانتفاع بهما فنسأل الله السلامة[٢] لافهامنا من الخطل ﴿و﴾ الفاسد ﴿ **يمنع رد عينه** ﴾ للبائع ﴿ **الاستهلاك**

---

(١) **قوله** : ـ بناء على التخيل الذي عرفناك فساده ، أقول : في شرح قوله غالباً في هذا الباب وفي الغيث انه ذكر اهل المذهب انه يجوز الوطء في العقد الفاسد ، وقواه الفقيه يحيى ان لم يصح دعوى الاجماع الذي حكاه في اللمع . واعلم انه اسقط الشارح من كلام الأزهار قوله ولا الشفعة اي لا يصح فيه ، قال في الغيث لأنها مأخوذة بالثمن والفاسد بالقيمة ، زاد في شرح الأثمار والقيمة مجهولة ، قلت فالأولى في تعليل المنع ملك البائع استرجاعها بالحكم فلم يستقر انتقاله كما لو شرط لنفسه الخيار .

فصل والفرعية فيه قبل الفسخ للمشتري .

(٢) **قوله** : ـ نسأل الله السلامة لافهامنا من الخطل ، اقول : لم يبين ما يختاره وكأنه يختار ان الأصلية والفرعية للمشتري تطيب كما سلف للشافعي في رد المعيب واستقواه الشارح هنالك وان كان الشارح لا يثبت الفاسد فمرادنا على تقدير انه يقول به فهو يقول بهذا فقاس على ما سلف وأبو حنيفة يقول

الحكمي ﴾ وأما الحسي فمما لا يمكن رد العين معه ضرورة لاستلزامه التكليف بالمحال ﴿**و** الحكمي ﴾ **هو قولنا . . . وقف وعتق وبيع ثم موهبة . .**[١] . . **غرس** ﴾ للغصن ومثله ﴿**بناء**﴾ العرصة[٢] وغرس الطين ﴿**وطحن**﴾ للحب ﴿**ذبحك الحملا . .**﴾ وهو صغير[٣] الضان ﴿**طبخ**﴾ للحم ﴿**ولت**﴾ للسويق والطحين بالعجن ﴿**وصبغ**﴾ للثوب ﴿**حشو مثل قبا . . .**﴾ ومثله[٤] الخياطة ﴿**نسج**﴾ للغزل

= الربح والأجرة في العقد الفاسد يجب التصدق بهما ومثله حكاه أبو طالب عن أبي العباس وكذا ذكره المؤيد في الافادة على مذهب يحيى ونقله في الغيث ، وذكر انما ذكره في الأزهار في حكم الفوائد الأصلية ذكره النجراني في الهداية وذكر عن ابن سليمان انها لا تطيب وانها امانة .

(١) **قال** : ـ ثم موهبة ، اقول ، في الأثمار قال نحو موهبة ، قال شارحه جعله بدل لفظ ثم ليدخل في ذلك النبر وشبهه من التمليكات .

(٢) **قوله** : ـ أو عرصة فبناها ، أقول : في البحر وكذا في الأحجار يعني اذا بنا بها .

(٣) **قوله** : ـ وهو صغير الضان ، أقول : في شرح الفتح والذي رأيته في حياة الحيوان الحمل الجزوز اذا بلغ ستة اشهر وقيل هو ولد الضان الجذع فما دون والذي رأيته في منهاج ابن جزله ان الضان يسمى حملاً والذي حفظته انه اسم للماعز الصغير . قلت في القاموس في الحا المهملة الحمل محركة الحروف وهو الجذع من اولاد الضان فما دونه جمعه حملان واحمال . ولم يذكر ما في حياة الحيوان والجذور انما هو البعير او خاص بالناقة المجزورة كما في القاموس ايضاً ويحتمل انه تصحيف في بعض نسخ حياة الحيوان الخروف الى الجزور وان كان يبعده قوله بعده وقيل هو ولدا الضان اذ الجزور كصبور الذكر من اولاد الضان اذا رعى وقوي ومهر الفرس الى مضي الحول او اذا بلغ ستة اشهر فليتأمل الناظر هذا النقل قال في الغيث فان قلت انهم ذكروا في الغصب ان الذبح وحده لا يكون استهلاكاً حتى يكون الذابح هو الطابخ وهنا جعلت الذبح وحده استهلاكاً قلت هكذا ذكر اهل المذهب ههنا ولنا عليهم نظر يأتي في باب الغصب ولعل وجه الفرق ان الاستهلاك في البيع الفاسد قد يحصل بأقل من الاستهلاك في باب الغصب الاترا انهم جعلوا البيع هنا استهلاكاً ولم يكن في الغصب استهلاكاً كذلك الذبح جعلوه هنا بمجرد استهلاكاً بخلاف الغصب على ما سيأتي فان قلت فلم فرقوا بين الغصب والفساد في ذلك ، قلت لأن الغاصب لم يثبت له ملك في المغصوب لا قوي ولا ضعيف فلم يخرج عن ملك صاحبه الا بتلفه أو زالة اسمه ومعظم منافعه بخلاف الفاسد فان المشتري قد ملكه بالقبض فصحت تصرفاته فيه وكانت استهلاكاً غالباً .

(٤) **قوله** : ـ ومثله الخياطة ، اقول : في الأثمار أبدل لفظ الحشو بدرز قال شارحه اذ العبرة بالدرز لا بمجرد الحشو.

﴿ **وغزل** ﴾ للقطن ﴿ **وقطع** ﴾ للثوب ﴿ **كيفما فعلا** ﴾ وقد عرفناك[١] ما هو أقرب من هذا وهو انه لا يجوز لحاكم يرى جواز الدخول فيه فسخه واما بالتراضي فيرد مع الاستهلاك المذكور وعدمه فلا معنى لإطلاق المنع ﴿**و**﴾ **أما قوله** ﴿ **يصح كل عقد ترتب عليه كالنكاح** ﴾ أي الانكاح للأمة المشتراة بعقد فاسد فتكرير لقوله كالصحيح ﴿**و**﴾ اذا فسخت الجارية فان نكاحها ﴿ **يبقى** ﴾ لا ينفسخ بفسخها ﴿**و**﴾ كذا ﴿ **التأجير** ﴾ يصح ﴿**و**﴾ اما قوله انه يخالف النكاح بانه ﴿ **يفسخ** ﴾ دون النكاح فوهم لأن المذهب خلافه اذ ما صح لا يصح فسخه ، ﴿**و**﴾ الفاسد يصح ﴿ **تجديده** ﴾ بعقد يكون ﴿ **صحيحاً** ﴾ وان كان ﴿ **بلا فسخ** ﴾ للأول لأن تمليك المشتري للبائع العقد الثاني فسخ للأول .

---

(١) **قوله** : وقد عرفناك بما هو أقرب ، أقول : أهمل الشارح والمصنف في شرحه الدليل على كون الاستهلاك الحكمي مانعاً عن الرد ومثلهما شارح الاثمار وكان الدليل انه لا يستحق الا عين ما باعه ، وخرج بالمعاوضة عن ملكه وهذه العين التي وقع فيها الاستهلاك الحكمي لم تبق هي حقيقة ما خرج من يده الا ان هذه العلة غير شاملة لانواع الاستهلاكات .

باب
﴿ المأذون [1] فصل ﴾

---

(١) باب : المأذون ، أقول : في الغيث انه يقبل قول العبد انه مأذون ، ومثله المميز .

﴿ من أذن لعبده أو صبيه ﴾ المميز ﴿ أو سكت [١] عنه في شراء أي شيء ﴾ لنفسه [٢] أو لسيده لا للغير ولو [٣] أذن له في بيع خاص أو سكت له على بيعه ﴿ صار مأذوناً في شراء كل شيء ﴾ فتتعلق الحقوق برقبته وما في يده خلافاً لزيد والمؤيد والامام يحيى والشافعي وأصحابه لنا [٤] قضا علي عليه السلام بذلك ، ومثله توقيف قالوا لا يصح عن علي

---

(١) **قوله** : أو سكت ، أقول : في شرح الفتح ما لفظه وأعلم ان مسألة السكوت تحتاج الى بيان ما فيها فانه أطلق المرتضى ان السكوت اجازة ، وخرجه أبو طالب للهادي في مسألة النكاح وذكره أبو العباس ، قال القاضي زيد وحمله أكثر اصحابنا على ظاهره ، وقد يفرق بأن يقال ان النكاح لنفسه والشراء لسيده اذ لا يصح ان يملك ، وان اشترى للغير فلذلك الغير ، وتأول كلام الهادي على اذن متقدم أو على الاجازة بالنطق بعد العقد ، وقال ان مجرد السكوت لا يكون له شيء من الاحكام في جميع المواضع وما ذكر فيه فللتراخي فسكوت الشفيع لكونه تراخياً وكذلك سكوت البكر ، ومن علم بولادة زوجته على فراشه ومن له خيار الروية والشرط ، حيث انتهت المدة ، والواهب بعوض مضمر ، والراهن حين علم بيع المرتهن ، فكل هذه يتأول السكوت فيها بالتراخي الى آخر كلامه ، الا انه قيل انه لا يتم هذا التأويل في عقد الأمة من فضولي ، وانما يجري في مثل السكوت في الصغر ، قلت : ان قوله مجرد السكوت لا يكون له شيء من الاحكام غير صحيح فان التقرير أحد أقسام السنة النبوية وهو سكوت النبي صلى الله عليه وآله وسلم على ما علمه من الافعال التي لم تكن قد تقدم انكاره لها وعلمه وهو قادر على الانكار فسكت بعد علمه بالفعل فان سكوته دليل على جوازه ، هذا مقرر في أصول الفقه ، وكذلك قوله ان سكوت البكر بعد اعلامها بخطبتها يحتمل رضاها على انه لاجل التراخي غير صحيح ، فان النص صرح بأن رضاها سكوتها حتى ذهب ابن حزم انها لو نطقت بانها راضية لا يكون رضا ، لان الشارع انما جعل السكوت

(٢) **قوله** : لنفسه ، أقول : زاد هذا القيد في الاثمار قال شارحه احتراز عما اذا أذن بالشراء للغير أو سكت عنه فان ذلك لا يكون أذناً فيمن عداه ولا يكون منه اجازة لانه عقد لغيره ، وعبارة الازهار توهم ان ذلك يكون أذناً واجازة .

(٣) **قوله** : ولو أذن له في بيع خاص ، أقول : هذا بيان لمفهوم شراء وفي شرح الفتح وقد أفهمت العبارة انه اذا كان ذلك في بيع أي شيء لم يكن أذناً في بيع غيره ، قلت ولم يذكروا بين البيع في انه لا يعم وبين الشراء في أنه يعم فرقاً .

(٤) **قوله** : لنا قضاء علي عليه السلام الخ ، أقول : لفظه في الغيث انه أتى الى علي عليه السلام رجل فقال ان ابني قد اشترى شيئاً فرددته فقال هل كنت تبعثه يشتري لك لحماً قال نعم قال قد أجزت عليه شراءه ، قلت ولا دليل فيه على أنه غير مكلف وقد ربما يقال ان الشيء المبهم فيه هو اللحم بدليل قوله

عليه السلام وان صح فاجتهاد مستند الى فهم تعميم الأذن للعبد بدليل قوله هل كنت تبعث عبدك والظاهر في كان يفعل وكنت أفعل التكرار المستلزم للاعتياد الذي [١] هو معنى التعميم ولا نزاع في كونه يصير مأذوناً بالاذن العام ، قلنا [٢] سكوته على شراء خاص كسكوت الشفيع على تصرف المشتري ، قالوا السكوت مبطل مع عدم التصرف لانـه دليل الاضراب المبطل بنفسه بخلاف نقل الملك فانه لا ينتقل بسكوت المالك ، والا لكان السكوت على بيع الفضول اجازة ، ولا قائل به ، ولو سلم فغايته الاذن بما وقع فيه التصرف فكيف يصح فيه التعميم ، قلنا يصير من الخصوص المراد به العموم بالقرينة ، قالوا انما ثبت في الأولى بالاولوية كلا(تقل لهما أف)وفي المساوى بعلم عدم الفارق كما في الحاق العبد بالأمة والعكس ، ولا كذلك ما نحن فيه فان من أذن لعبده في شراء الباقلا لم يصر [٣] اذنا له بشراء الخيل ، وربما يتوهم ان التعميم

هل كنت تبعثه يشتري لك لحماً اذ لا وجه لتخصيصه الا ان السياق فيه فان تم هذا لم يتم ما استدل به عليه .

(١) **قوله** : الذي هو معنى التعميم ، أقول : كأنه يقول دل الفعل المضارع فيه على الاستمرار كما قاله المحقق سعد الدين في شرح الشرح ، فانه قال والتحقيق ان المفيد للاستمرار هو الفعل المضارع وكان للدلالة على مضي ذلك المعنى ، فقول علي عليه السلام أكنت تبعثـه يشتـري لك لحماً دال على ان التكرار الذي هو معاودة الفعل ولو خاصاً مثل كان يصلى قبل الظهر أربعاً كان يقبل بعض نسائه فيدل الأثر على تكرر بعثه ليشتري ، لحماً ولا تعميم فيه لغيره ، فحينئذ امضاؤه عليه شراء الولد لغير اللحم ليس لما استفيد من التعميم باللفظ ، بل لانه صار بأذنه له في الخاص مأذوناً في كل شيء مما ذكر وهو مراد المصنف بالاستدلال ، وعلل أهل المذهب التعميم بأنه فك حجر فلا يختص وأثر علي عليه السلام في الولد كما ترى ، والشارح عبر عنه بالعبد .

(٢) **قوله** : قلنا سكوته ، أقول : هذا الاستدلال للمسئلة الثانية وهو كون السكوت اذنا ، وقد خالف في ذلك المؤ يد مذهباً وتخريجاً ، ومثله الحنفية وتقدم الكلام في ذلك، والاقرب ما ذكره الشارح في ان السكوت يكون اذناً فيما وقع فيه التصرف ، ولا يعم وأما قوله قلنا يصير من الخصوص المراد به العموم فلا يخفاك ان الخصوص والعموم من صفات الالفاظ وليس هنا لفظ يتصف بهما بل سكوت وبه تعرف بطلان قوله قالوا انما يثبت الخ فانه ليس هنا لفظ يكون له أولوية أو مساواة .

(٣) **قوله** : لم يصر مأذوناً بشراء الخيل ، أقول : هذا لا يرد عليهم فانه يأتي قريباً أنه يصير مأذوناً فيما جرى به العرف ، والعرف لم يجر بأن من أذن له بشراء الباقلا صار مأذوناً له في شراء الخيل ، ولذا قال أبو العباس ونعم ما قال انه ان أذن له في شيء من مال التجارة كان أذناً عاماً ، وان كان في غيرها مثل ثوب ولحم كان خاصاً ، قلت : ودليله ان العرف انما ينطلق على ذلك .

انما يتمشى على رأي بعض الحنفية والحنابلة في ان الخطاب [١] لواحد يعم عرفاً وليس بشيء لان ذلك انما يتم في المحكوم عليه بالغاء الفارق لايجاد التكليف ، وان تعدد المكلف لا في المحكوم فيه لتفاوت أحكامه بتفاوته ﴿ و ﴾ كذا يصير بالأذن في شراء أي شيء مأذوناً في ﴿ **بيع ما شرا** ﴾ وبيع فوائده وتأجيره ايضاً ، وأما قوله ﴿ **أو عومل ببيعه** ﴾ فعبارة [٢] منغلقة معناها انه يصير مأذوناً في تأجير نفسه ﴿ **لا** ﴾ انه بالأذن في شراء أي شيء مخصوص يصير مأذوناً في ﴿ **غير ذلك** ﴾ الذي استلزم [٣] الأذن في الخاص الأذن فيه فلا يكون مأذوناً في غيره

---

(١) **قوله** : ان الخطاب لواحد يعم عرفاً ، أقول : توهم هذا هنا في غاية البعد ، فانه واضح ان خلافهم في المحكوم عليه كما قال الشارح في شرح الفصول معللا لهم فيما قالوه من التعميم لان عرف الشارع قاض في الاغلب بعدم التفرقة في المحكوم عليه فذلك يفهم بالعرف لا بالقياس . الا انه لا يخفاك انه خالف تعليله هنا حيث جعله من القياس بالغاء الفارق ولا ضير في تعدد العلل .

(٢) **قوله** : فعبارة منغلقة ، أقول : هي كما قال وعدل عنها الاثمار فقال صار مأذوناً في شراء كل شيء وبيع ما شرى أو اجارته نفسه ، قال شارحه كما يجوز له بيع ما شرى يجوز له تأجيره لان التأجير أخف حكماً من البيع ، وكذا لا يجوز ويصح حَ تأجير العبد نفسه ، وكذا الصبي المميز ونحوه ، وذلك يدخل تحت قوله في الازهار أو عومل ببيعه وان لم يكن صريحاً . وفي شرح الفتح واعلم ان دخول اجارة نفسه هو مفهوم الازهار حيث قال أو عومل ببيعه وهو الذي ذكره أبو مضر والفقيه ابن سليمان وحمل عليه كلام اللمع واختاره المؤلف لانه لما صار مأذوناً باستهلاك منافع نفسه بغير عوض فأولى بعوض ، وقيل ما يصير الأذن بالتجارة اذناً في اجارة نفسه لان منافعه بعضها وهو لا يجوز بيع نفسه ولا بعضها . ولانغلاق العبارة ، قال في حواشي الشرح حاملاً له في غير ما صرح به المصنف في الغيث فانه صرح بما ذكره الشارح من المراد وفي الحواشي يعني ان المراد بها ان يصير مأذوناً بها فيما عومل لسبب بيعه وصورة ذلك ان يرى رجل عبد الغير يبيع ويشتري فأقرضه شيئاً مستنداً الى رؤ يته يبيع ويشتري فقط فيكون حكم هذا القرض حكم دين المعاملة .

(٣) **قوله** : الذي أستلزم الأذن في الخاص ، أقول : الذي في الغيث تفسيره بغير ذلك بقوله الذي قدمناه فليس له ان يبيع شيئاً لم يشتره ولا عومل ببيعه ولا ان يبيع العبد نفسه ولا مال سيده ، وكذا ليس له ان يوجر غير نفسه ولا غير ما شراه ولا يؤجر العبد مال سيده ، ولا الصبي ونحوه مال نفسه . وبهذا تعرف ان اسم الاشارة في قول المصنف لا غير ذلك عائد الى قوله وبيع ما شرى أو عومل ببيعه وان قوله لا غير ذلك عطف عليه والشارح جعله معطوفاً على قوله صار مأذوناً وجعل اسم الاشارة الى ما استلزمه الأذن وهو غير مرادهم وأيضاً فهوبعيد عن العبارة فانه عطف على الابعد مع وجود الاقرب ولا يقال قد تقرر في علم الآله انه يجوز العطف على القريب لقربه وعلى البعيد لاصالته لانا نقول ذلك حيث لا

﴿ الا ﴾ ان يتصرف فيه ﴿ بخاص ﴾ من الأذن ﴿ كبيع نفسه ومال سيده ﴾ الذي منه نفسه أيضاً الا ان منع استلزام الأذن في الخاص لغير ما ذكر استلزامه له مما يفتقر الى فارق ولا فرق [1] بين بيع المنافع وبين بيع الاعيان الا التخيل .

فصل

﴿ وللمأذون ﴾ بعد صحة كونه مأذوناً باللفظ [2] العام وبالاستلزام كما فصل الآن ﴿ كل تصرف جرى العرف لمثله بمثله ﴾ لما عرفت من كون العادة قيداً للمطلقات لانها قرينة للمجاز والمجاز مع قرينته أظهر من حقيقته كما حققناه [3] في شرح الفصول ﴿ و ﴾

= يختلف المعنى بالعطف على أي الأمرين ثم جعل الاشارة لما تستلزمه العبارة مع وجود المشار اليه في اللفظ على تفسير غيره خلاف الاصل على ان قول المصنف لا بخاص كبيع نفسه مناد أيضاً على انه عطف على بيع ما شراه والاشارة اليه .

(١) قوله : ولا فرق بين بيع المنافع وبيع الاعيان ، أقول : يريد أنهم قالوا صار بالأذن مأذوناً في تأجير نفسه وهو منفعة ولا يصير مأذوناً في بيع نفسه ، ولا فرق بين الأمرين الا التخيل ، قلت ولا يخفى ان الفرق العرف فانه معلوم ان من أذن لعبده من التجارة وتأجير نفسه ان لا ينطلق ولا يدخل تحت الأذن بيع نفسه ولامريةفي ذلك هذا وقد سلف من الحاشية ان بعضهم قال لا يدخل تأجيرهم اصل نفسه تحت الأذن لما ذكر وعلله بان منافعه بعضه ولا يصح بيع نفسه ولا بعضها ؛ فائدة في شرح الاثمار فرع ويعتبر في الأذن للعبد والمميز ان يعلما بالأذن لانه توكيل لهما فان تصرفا من غير علم بالأذن كان تصرفهما موقوفاً على الاجازة كغيرهما .

فصل وللمأذون كل تصرف

(٢) قوله : باللفظ العام أو بالاستلزام ، أقول : الذي في الازهار في الفصل الاول انما هو فيما كان بالاستلزام ولكن الحكم واحد في ما هو له .

(٣) قوله : كما حققناه في شرح الفصول ، أقول : في شرحه عليه عند قول الفصول وليس من ذلك ما نقله عرف اللغة الى آخره ، لان الحقيقة العرفية انما وقع الاتفاق على التخصيص بها لظهور الاسم في المتعارف والظهور غير منحصر في الحقيقة ، ولهذا يصرف الاسم عن المعنى الحقيقي الى المجازي ، وما نحن فيه من ذلك القبيل فان علته المباشرة للبعض وان لم توجب علية الاسم فقد أوجبت صرفه الى بعض مسماه كما في ، فعقروا الناقة وقتلهم الانبياء فان مباشر العقر والقتل لما لم يكن في العادة الا من البعض انصرف العموم اليه والصرف الى البعض هو معنى التخصيص وقرينة المجاز لا يجب ان تكون

اعلم ان ما لزم العبد قسمان دين [١] معاملة ودين جناية أما دين المعاملة فان ﴿ **ما لزمه** ﴾ من حق ثبت ﴿ **بمعاملة** ﴾ دخل فيها اربا بها ﴿ **فدين يتعلق برقبته وما في يده** ﴾ [٢] وقال الشافعي [٣] بذمته كالمحجور قلنا الأذن تغرير من السيد ، قالوا فيتعلق بمال السيد كما قال أحمد بأنه صار وكيلاً والسيد كفيلاً ، قلنا [٤] الأذن اطلاق حجر لا توكيل قالوا بل هو معناه اذ أقل

لفظية بل قد تكون لفظية وعادية وعقلية انتهى بلفظه من خطه ، فهنا القرينة عادية وكلامه هنالك وان كان في تخصيص العام ، وهنا في تقييد المطلق الا ان البابين متقاربان الا انه لا يخفى انه ليس هنا أي في باب المأذون بالنظر الى ما سلف من قول المصنف لفظ عام ولا مطلق بل ستلزم الأذن في الخاص عموم الأذن فالتقييد والتخصيص لعموم مستلزم .

---

(١) **قوله** : دين معاملة ، أقول : هو ما ثبت برضا اربابه وأذن مولاه .

(٢) **قال** : وما في يده ، أقول : في الغيث فان قلت ما المراد بقولهم ما في يده هل يعنون به وما في يده من مال السيد بشرط ان يكون سيده قد أذن له في التصرف فهذا يستقيم ، لكن يقال ما العلة في تعلق الدين به هل كونه في يده أو كونه مأذوناً في التصرف فيه أو مجموعهما ان قلتم العلة كونه في يده بأذون مولاه لزمكم لو استحفظ مولاه معه مالا يتصرف فيه ان يتعلق به دين العبد وان قلتم العلة كونه مأذوناً بالتصرف فيه لزمكم ان يتعلق دينه بما قد أذن فيه ، ولو لم يكن قد صار في يده وان قلتم مجموعهما ، قلنا اذا كان لا بد ان يكون مأذوناً بالتصرف فما وجه اشتراط ان يكون في يده ، قلت هذا السؤ ال يرد على كلام المؤ يد من ان الدين يتعلق بما في يده من مال سيده ، وأما على قول أبي العباس ان المراد بما في يده مما استدانه العبد أو كسبه من أموال الناس الى مال سيده فهذا السؤ ال لا يرد عليه فالواجب القضاء منه سواء كان في يده أو في يد سيده لان سيده كالوديع له .

(٣) **قوله** : وقال الشافعي بذمته ، أقول : في الارشاد وشرحه الامداد انه يتعلق ديتها بكسبه قبل حجر عليه وبتجارته وذمته حيث يفي الكسب ومال التجارة بالدين ، فهذا الذي نقله الشارح تقصير ومثله في الغيث .

(٤) **قوله** : الأذن أطلاق حجر لا توكيل ، أقول : مثله في البحر وقال عليه المنار العبد غير مالك لمال سيده فما معنى الحجر بمال لم يملك فما هو الا وكيل فقول أحمد أقرب بهذا الاعتبار والشافعي نظر الى انه كالاجنبي فتصرفه كتصرفه ويرد عليه ان تصرف الاجنبي لا ينفذ الا بولاية تعود الى المالك ، ومذهب المصنف كالصلح اذا توسط بين الطرفين لكن تعلق الدين برقبته ، وما في يده من بين سائر املاك السيد تخصيص بلا مخصص ، واضح وهو الى قول أحمد أقرب اذ لم يفارقه الا بالتعيين المذكور وما في ذمة السيد وماله فمتقاربان ، وأبعدها مذهب الشافعي . والشارح قد جنح الى مذهب أحمد كما

احواله ان يكون كالاجازة وهي توجب تعلق الثمن بمال المجيز اتفاقاً على ان في معنى التعلق برقبته وما في يده بحثاً وهو ان التعلق بهما ان كان مراد به ملك الغرما [١] فلا وجه لقوله ﴿ **فيسلمها المالك أو قيمتها** ﴾ لانها اذا تعينا فلا وجه للتخيير في المعين ولا لقوله ايضاً ﴿ **ولهم استسعاؤه ان لم يفده** ﴾ لان ملك الرقبة ملك لمنافعها دائماً ، والمراد من استسعائه رجوع [٢] الرقبة للمالك بعد الوفا وان لم يكن المراد ملك الغرما لهما فليس بعدهما الا تخيير المالك بين الايفا وتسليمه العبد للاستسعاء أو بقاء الدين في ذمة العبد ولا يكون للتخيير في القيمة وجه أيضاً .

﴿ **قيل** [٣] ﴾ **ولا يجب** على السيد ان يفديه الا بالأقل من القيمة أو الدين لا كدين الجناية وقيل ان حقهم لما تعلق برقبته تعلق بها ولمنافعها فلهم الاستيفاء من أيهما فيفديها بالوفاء

= ترى الا ان قول المنار العبد غير مالك لمال السيد مبني على ان المراد انه فك حجر عن مال السيد ، والمراد حجره عن منافع نفسه فانه ليس له التصرف فيها الا بأذن سيده .

(١) **قوله** : ملك الغرماء ، أقول : هو غير المراد بل انما صار حقاً يتعلق بهما والسيد أولى بهما ان أراد ذلك كبيع ما خلفه المستغرق دينه من الاعيان فان ورثته أولى بها بالقيمة ان أرادوا أخذها .

(٢) **قوله** : رجوع الرقبة للمالك ، أقول : ليس هذا معنى الاستسعاء بل هو طلب السعي من العبد ليفك رقبته بما يحصله سعيه فان أوفا رجعت منافعه لمولاه واما الرقبة فلم تكن قد خرجت عن ملكه حتى يقال برجوعها .

(٣) **قوله** : قيل ولا يجب على السيد ، الخ ، أقول : في الفتح انه لا يفتديه السيد الا بالاقل من قيمته أو الدين والزايد على القيمة من الدين يكون في ذمة العبد هكذا (هذا) ما تقرر للمذهب وصرح به المؤلف وهو الذي ينبغي ان يحمل عليه كلام الازهار كما قد صرح الامام به كثيراً من الفاظه كقوله وبه الاوفا منها ومن الثمن هو مبني على ان القيمة زايدة على الثمن كما قد صرح به وصرح به ايضاً في قوله ويستويان في دين المعاملة الا الى قدر القيمة ، بل قد قيل انه عبر بالثمن عنها وهو الذي يحمل عليه سائر كلمات أهل المذهب وغيرهم الموهمة حتى يتناسب الكلام وقد ذكره في كنز الحنفية وان كان في الغيث وسائر شروح الازهار على قوله ولهم استسعاؤه السعاية في الدين بالغاء ما بلغ فهو محمول على ما تقدم في قوله في الازهار يتعلق برقبته وما في يده ، فيسلمها أو قيمتها من أن ذلك الموهم انما هو حيث ترك السيد العبد رأساً ، وبذله للغرما وأضرب عنه ، ولذا ان الامامين نظرا قول الفقيه انه يلزم الدين بالغاء ما بلغ ، وان كان مروياً عن الناصر وأبي العباس وأبي حنيفة ، فهو محمول على قول من تقدم . وبه تعرف ان كلام القيل عليه عند أهل المذهب التعويل .

ولكنه يأباه قوله في دين الجناية عكس [١] المعاملة فلو قال هنا يتعلق بقيمته وما في يده **لا نحل** [٢] البحث الاول الا ان الفرق بين تعلق الدينين بما ذكر محل نظر والقياس فيهما التعلق بالرقبة لان العبد مال كالبهيمة الا ترا انه اذا انتقل حقهم الى البهيمة التي في يده وجب على السيد تسليمها أو ايفاؤهم والا لم يبق للتعلق بما في يده فائدة بل كان القياس التعلق بقيمة ما في يده ﴿ **فان هلك** ﴾ العبد قبل قضا الدين ﴿ **لم يضمنه** ﴾ السيد بنا على أنهم استحقو رقبة العبد فتلف من مالهم الا ان هذا ينافي تقييد الفدا بالاقل من القيمة أو الدين لان ذلك انما يتمشى على تقدير بقاء العبد في ملك السيد والا كان الخيار للمالكين ﴿ **ولو** ﴾ ملكوه [٣] لضمن السيد قيمته اذا هلك ﴿ **بعد تمرده** ﴾ عن تسليمه لانه غاصب كما ذكره السيد يحيى فقد بان انه لا بد من القول بضمان السيد ان تعلق حقهم برقبة العبد وتمرد السيد عن تسليمها او الرجوع الى قول الشافعي ان حقهم يتعلق بذمته وتنظير المصنف على السيد يحيى بقوله انه مخالف لنص اصحابنا كلام لا وجه له لان [٤] الامام يحيى مصرح بكونه غاصباً ولان المحذور انما هو مخالفة الحق لا مخالفة [٥] الاصحاب . هذا ان هلك بغير استهلاك السيد ﴿ **فان استهلكه** ﴾ السيد ﴿ **فبغير البيع** ﴾ فمن قتل أو وقف

---

(١) **قوله** : عكس المعاملة ، أقول : لانه من لوازم الجناية واحكامها ولزوم الارش بالغاء ما بلغ ، فلو قلنا بذلك هنا بطل قوله عكس المعاملة ، ولك ان تقول انه عكسها في غير هذا الحكم ، الا انه لا يصح لتصريحه انه لا يجب في دين المعاملة اكثر من قدر القيمة بخلاف أرش الجناية فيجب بالغاء ما بلغ .

(٢) **قوله** : لا نحل البحث الأول ، أقول : هو الترديد الذي أسلفه وينظر لم لا ينحل لو أبدلت الرقبة بالقيمة .

(٣) **قوله** : ولو ملكوه ، أقول : قدر المحذوف على ما يقتضيه كلامه ، واختياره لا سياق المصنف وتقديره فانه قال ولو كان قد طولب بتسليمه فتمرد ثم هلك بعد تمرده .

(٤) **قوله** : لان الامام يحيى ، أقول : هو تعليل لكون تنظير المصنف لا وجه له فان الامام يحيى قد قال هو غاصب وهو من الاصحاب ، ولا يخفاك ان مراد المصنف بالاصحاب أهل المذهب ، والامام يحيى ليس منهم فانه مجتهد يخالفهم كثيراً .

(٥) **قوله** : لا مخالفة الاصحاب ، أقول : ان كان السيد يحيى متكلماً عن الاصحاب كانت مخالفتهم محذورة لانه نقل عنهم ما لم يقولوه وان كان متكلماً عن الدليل والاجتهاد فلا محذور في مخالفت الاصحاب ، الا ان قول المصنف أنه خالف نص الاصحاب يدل أنه متكلم عنهم .

أو عتق ﴿ **لزمته القيمة** ﴾ لانه أتلفها وبدلها وهو العين على الغرما ، وقد تعلق حقهم بأحدهما وقد تعذرت العين فتعينت القيمة الا ان هذا لا يتمشى الا على التخيير الذي قدمنا البحث فيه ليكون الوقف والعتق اختياراً لتسليم القيمة أو على تعيين القيمة للتعلق كما هو الصواب ﴿ **وبه** ﴾ أي وان استهلكه بالبيع لزمه للغرما القدر ﴿ **الأوفا منها** ﴾ أي من القيمة ﴿ **ومن الثمن** ﴾ الذي قبضه من المشتري له منه الا أنه لا وجه لتسليم زايد الثمن لان [1] حقهم انما هو في الرقبة أو قيمتها ﴿ **ولهم النقض** ﴾ للبيع [2] ﴿ **ان فوته** ﴾ أي الثمن حال كونه ﴿ **معسراً** ﴾ بابداله لهم الا ان هذا لا يتمشى الا على ان المراد بالتعلق برقبة العبد ملكهم لها ليصح لهم نقضه والا فلا وجه لنقض بيع صدر من أهله الى محله ؛ وغايته ان يكون ثبت لهم القيمة فغصبها وأفلس وليس في مثل ذلك الا بقاؤها في ذمته ﴿ **و** ﴾ أما [3] دين الجناية فهو ما لزم العبد مأذوناً وغير مأذون ﴿ **بغصب أو تدليس** ﴾ بأنه مأذون لان كلا الأمرين ﴿ **جناية** ﴾ على أهل المال وانما ﴿ **تعلق برقبته فقط** ﴾ دون ما في يده للسيد لأنه لا غرر من السيد للأذن فيكون هو السبب الضامن ، واذا لم يتعلق دين الجناية الا برقبته ﴿ **فيسلمها** ﴾ المالك ﴿ **أوكل الارش** ﴾ وكان القياس هنا ان يسلم الأقل من القيمة أو الدين اذ لا سبب منه وفي دين المعاملة يسلم الرقبة أو كل الدين لتسببه فيه بالأذن ، ولا يقال انهم غلظوا عليه هنا لسبب الجناية لأن التغليظ عليه ظلم لا وجه له حيث لا سبب منه في الجناية

---

(١) **قوله** : لان حقهم في الرقبة أو قيمتها ، أقول : قد تنبه الاثمار لهذا فحول العبارة الى قوله فان استهلك لزمته القيمة ، قال شارحه وانما عدل عن قوله في الازهار فبغير البيع لزمته القيمة وبه الاوفا منها ومن الثمن فان استهلكه لزمته القيمة الخ لان عبارة الازهار توهم انه ان استهلكه بالبيع تعين عليه الاكثر من القيمة والثمن ، ولو كان الاكثر هو الثمن وليس كذلك وانما يكون لهم قدر القيمة فقط كما صححه المؤلف .

(٢) **قوله** : للبيع ، أقول : عبارة الاثمار ولهم نقض ما ينقض ، قال شارحه كالبيع والهبة والكتابة قبل ايفاء مالها والتدبير قبل موت السيد لتعلق دينهم برقبته فتكون تلك التصرفات موقوفة على أذن الغرما أو اسيفائهم . وبه يندفع قول الشارح بيع صدر من أهله فانه لا أهلية مع كون تصرفه موقوفاً فيندفع قوله لا يتمشى الخ .

(٣) **قوله** : وأما دين الجناية ، أقول : عطف على قوله أما دين المعاملة وضبط المصنف دين الجناية بأنه ما أخذه العبد غصباً أو بتدليس الأذن ، وبقي قسم ثالث وهو ما أخذه برضى اربابه من غير أذن ، فهذا ليس بدين جناية ولا معاملة بل دين يطالب به اذا عتق كما يأتي .

ولا مباشرة وسيأتي لذلك زيادة تحقيق في الجنايات ان شاء الله تعالى ﴿ **والخيار له** ﴾ في أحد الأمرين لا الى المجني عليه ﴿ **ويتعين** ﴾ [١] الأرش دون الرقبة ﴿ **ان اختارها** ﴾ السيد بمعنى أنه لا يصح له الرجوع الى اختيار تسليم الرقبة ﴿ **أو** ﴾ يتعين ﴿ **كل الأرش** ﴾ أيضاً ﴿ **ان استهلكها** ﴾ ببيع أو عتق أو نحوهما لكنه لا يتعين الارش بالاستهلاك الا اذا استهلكها ﴿ **عالماً** ﴾ ان العبد قد جنى أما لو جهل حال الاستهلاك جناية العبد لم يلزمه الا قيمته وما زاد من الارش بقي في ذمة العبد لكن [٢] البحث الماضي في دين المعاملة باق هنا ﴿ **و** ﴾ أرش الجناية ﴿ **يلزم الصغير عكس المعاملة** ﴾ فانها لا تتعلق بالرقبة فقط بل بها وبما في اليد كما تقدم والتخيير هناك بين الرقبة وقيمتها لا بينها وبين الارش ، وقد عرفناك ما فيه ولا يتعين في دين المعاملة الارش ان اختار الرقبة بل يصح له الرجوع عن اختيار الرقبة لكن لا وجه للفرق بينهما في هذا الحكم لان السبب المانع للتخيير فيهما واحد وهو الاختيار ودين المعاملة لا يلزم الصغير غير المميز لان من عامله فانما أتى من جهة نفسه بوضع ماله في المضيعة ﴿ **و** ﴾ دين الجناية والمعاملة ﴿ **يستويان في ثمنه** ﴾ لانهما حق للغير على السوية الا ان الثمن اذا زاد على القيمة اختص بالزيادة دين الجناية حيث كان زايداً على القيمة ﴿ **و** ﴾ العبد اذا كان عليه دين وعلى سيده دين لا مقابل له الا العبد كان ﴿ **غرماؤه** ﴾ أي غرما العبد ﴿ **أولى به من غرماء مولاه** ﴾ لان دين المولى في الذمة ولا يتعين في العبد ودين العبد متعين في رقبته ، ﴿ **ومن عامل** ﴾ غير أهل [٣] للمعاملة صبياً كان أو مجنوناً أو عبداً ﴿ **محجوراً**

---

(١) **قوله** : ويتعين الارش دون الرقبة ، أقول : أي كل الارش اذ الكلام فيه فاللام للعهد ويؤ يده قول الشارح أو يتعين كل الارش ايضاً ان استهلكها ، والحاصل انه يتعين كل الارش في محلين عند اختيار السيد الرقبة ، وعند استهلاكها عالماً ولا يخفى قوة قول الشارح انه كان يلزمه الاقل من القيمة أو الدين اذ لا سبب منه وهو في الصورة الاولى لا في الثانية فان استهلاكه العبد بعد علمه بجنايته جناية منه على غرماء العبد توجب عليه كل الارش .

(٢) **قوله** : لكن البحث الماضي في دين المعاملة يأتي هنا ، أقول يريد الذي أورده على التخيير ورده بين أمرين وتقدم ردنا له وكان الاولى ان يقدم هذا في شرح قول المصنف فيسلمها أو كل الارش كما لا يخفى .

(٣) **قوله** : ومن عامل غير أهل للمعاملة الخ ، أقول : عمم المعاملة ليعم الصبي والمجنون والعبد ، والمصنف قال في تفسيره ومن عامل عبداً محجوراً الخ وهي أولى لان من عامل صبياً أو مجنوناً فقد جنى على نفسه فحكمه واضح ولا ضمان عليه في حال ولا مال بخلاف العبد العاقل فانه يضمن في المال ،

عالماً ﴾ بعدم أهليته ﴿ **أو جاهلاً لا لتغرير** ﴾ من العاقل المحجور بالأذن اذ لو كان بتغرير كان دين جناية كما تقدم ﴿ **لم يضمن** ﴾ العبد العاقل ﴿ **الكبير في الحال** ﴾ لان المعامل أتي من جهة نفسه وأما اذا عتق فله مطالبته وتضمينه أما في الجاهل فظاهر وأما في العالم بالحجر فكذلك الا عند أبي العباس قال لأنه وضع ماله في مضيعه .

وأجاب المصنف بأن العبد الكبير مكلف بالحفظ لا الصغير وهو تهافت لان تسليمه له مع العلم بالحجر كالاباحة ﴿ **ولا** ﴾ يضمن ﴿ **الصغير** ﴾ والمجنون ﴿ **مطلقاً** ﴾ لا في الحال ولا بعد أهليته للمعاملة ﴿ **وإن أتلف** ﴾ لان المعامل له وضع ماله في مضيعةٍ .

فصل

﴿**ويرتفع الاذن بحجره العام**﴾[1] لكل التصرفات اذ لو بقي مأذوناً في شيء لسرى الأذن كما تقدم إلى جميع ما عدا المحجور عنه الخاص﴿**و**﴾ أما ارتفاع الحجر ﴿**ببيعه ونحوه وعتقه** ﴾ فتسامح لانه من باب ولا يرى الضب بها ينجحر كناية بنفي الملك عن نفي صحة الأذن اذ الأذن لا يكون الا من مالك ، وقد ارتفع الملك بالبيع والعتق ﴿ **و** ﴾ ليس ذلك كنسبة ارتفاع الاذن الى ﴿ **اباقة** ﴾ لان الملك باق ح قال المصنف [2] وانما بطل الأذن لتعذر الايفا من ثمنه وكسبه وهو تعليل ساقط لعدم [3] التنافي بين بقاء الأذن وتعذر الايفاء وانما العلة [4] كون الأذن مشروطاً في الحقيقة بطاعة السيد كما ان حق الزوجة في النفقة مشروط

= وقال الشارح لم يضمن العبد العاقل ، وعبارة المصنف لم يضمن الكبير وقد اضطربت نسخ الشرح هنا . **فصل** ويرتفع الأذن .

فصل وترتفع الأذن

(١) **قال** : بحجره العام ، أقول : زاد المصنف في البحر أو حجر الحاكم لسيده اذ تصرفه فرع عن تصرف سيده .

(٢) **قوله** : قال المصنف ، أقول : أي في البحر وتمام كلامه كما لو خرج عن ملكه .

(٣) **قوله** : لعدم التنافي بين بقاء الاذن وتعذر الايفاء ، أقول : أي فائدة لبقاء أذن الآبق فان فائدة الأذن صحة تصرفه فيما جرى به العرف وأي صحة لتصرفه بعد الاباق وتفويته منافع نفسه على سيده تمت والحمد لله كثيراً .

(١) **قوله** : وانما العلة ، أقول : ان أراد عند المصنف فغير صحيح لانه قد صرح بعلته وان أراد عنده فيأتي له نقضها قريباً ، وأما نفقة الزوجة بشرط التمكين فتقدم للشارح في كتاب النفقات منع ذلك .

بتمكينها نفسها فاذا نشزت بطل المشروط ببطلان شرطه ، وقال الشافعي لا يبطل بالاباق وقياسه على بطلان نفقة الزوجة بالنشوز فاسد لان الأذن ليس حقاً له مشروطاً بالطاعة كنفقة الزوجة والسيد متمكن من رفع الأذن فترك رفعه ابقا له ﴿ و ﴾ أما ارتفاعه بعروض ﴿**غصبه**﴾ فابعدمن الارتفاع بالاباق ولوارتفع بالاباق والغصب لماكان لقوله ﴿**حتى يعود** ﴾ وجه لانهما ان كانا سببين لرفعه فوجود شيء بعد عدمه مما يفتقر [١] الى سبب متجدد ، فلا معنى للحكم بعوده بلا سبب وان كانا ما نعين له مع بقائه فهو ما ذكره الشافعي لان المانع لا يزيل المقتضي وانما يمنعه عن ـ من ـ مقتضاه مع بقائه كما تقرر عند أرباب المعقول ﴿ و ﴾ أما ارتفاع الأذن ﴿ **بموت سيده** ﴾ فلا شبهة فيه لانتقال ملك السيد كما في المبيع والعتق ﴿ **والجاهل** ﴾ لارتفاع الحجر ﴿ **يستصحب الحال** ﴾ الاول من الأذن فيثبت معه احكام الأذن المتقدمة ﴿ **واذا** [٢] **وكل المأذون من يشتريه** ﴾ من سيده ﴿ **عتق في** ﴾ العقد ﴿ **الصحيح بالعقد وفي الفاسد بالقبض** ﴾ وأما الثمن فالسيد يطالب به الوكيل فيلزمه تسليمه من نفسه ﴿ **ويغرم** ﴾ العبد ﴿ **ما دفع** ﴾ الوكيل متى تمكن من الغرم والا بقي في ذمته ولو كان العبد قد سلم للوكيل الثمن مما بيده لسيده لانه أنما حمل اليه ماله هذا اذا كان نقداً لانه لا يتعين فيصح العقد فان كان العبد سلم للوكيل عرضاً من عروض سيده فعلى الخلاف في الشراء بالعين المغصوبة ولكن [٣] أدعى المصنف في الغيث الاجماع هنا على عدم الصحة كأنه لما رأى عود المغصوب الى مالكه كان البيع بلا ثمن لان الثمن لا يصح ابداله هنا لانه متعين فليس هناك طريق الا بطلان العقد .

---

(١) **قوله** : مما يفتقر الى سبب متجدد ، نقل المصنف في الغيث عن الفقيه انه قال هذا يعني قولهم حتى يعود ضعيف ، والصحيح انه لا يعود لأذن لان ما كان مستفاداً فانه لا يعود الا بتجديد .

(٢) **قال** : واذا وكل المأذون من يشتريه الخ ، أقول : تقدم ان المأذون له التصرف فيما جرى به العرف ولا أظنه يتفق عرف في شيء من بلاد بان الأذن له يدخل فيه بيع نفسه كما قد أشرنا اليه قريباً ، ولو فرضنا انه قال له السيد قد وكلتك تبيع نفسك لما شمل ذلك بيعه من نفسه ، واذا عرفت هذا عرفت عدم صحة ما تفرع عليه من توكيله ومن التفرقة بين النقد والعرض وبين المأذون والمحجور .

(٣) **قوله** : ولكن أدعى المصنف الاجماع في الغيث هنا على عدم الصحة ، أقول لفظه في الغيث فلو أنه دفع عرضاً وجعله الوكيل عن الثمن فهل يصح العقد الاقرب انه لا يصح ، ويحتمل انه على الخلاف في الشراء بالعين المغصوبة هل باطل أم فاسد . فلم يدع الاجماع كما قال الشارح .

وقال والدنا صلاح بن الجلال في اللمعة بل هو موقوف على اجازة السيد وقواه شيخنا **قلت لان الاجازة تصادف** صحة ملك العبد فكان السيد ملكه العرض بعد عتقه غاية ما يلزم فيه دور المعية ولا محذور فيه ﴿ **و** ﴾ لكن يشكل على ذلك جعل ﴿ **الولا للسيد** ﴾ لانه انما يستحقه لو دفع الثمن من كسبه حال ملك السيد له ، أما والثمن ليس الا من ملك الوكيل ، وانما رجع به على العبد بعد حريته فلا ولا **نعم ربما يمكن** القول بثبوت الولاء للوكيل على من يرا أنه يدخل في ملكه لحظة مختطفة ليصح تعلق الحقوق به ﴿ **و** ﴾ لهذا لو كان الموكل هو العبد ﴿ **المحجور** ﴾ لم يعتق الا ﴿ **باعتاق الوكيل ان شاء** ﴾ اعتاقه والا بقي له رقا لأن الوكالة باطلة قالوا لكن اذا بطلت اشترط في عتقه باعتاق الوكيل واسترقاقه ان لا يضيف الوكيل الى العبد ﴿ **و** ﴾ على العبد ان ﴿ **يغرم ما دفع** ﴾ الى الوكيل من مال سيده لكنه لا يجب عليه الغرم الا اذا دفعه ﴿ **بعده** ﴾ أي بعد العتق لانه أهل للضمان ، أما لو دفعه قبله فأماقبل شراءالوكيل وهو ح عبدللبائع فلايثبت للسيد دين على عبده ، وأما بعده فلا غرم أيضاً لانه إن وصل المدفوع الى يد مالكه فقد رجع الغصب الى المالك ، وبرى الغاصب كايناً من كان وإن لم يرجع بل أتلفه الوكيل فالغرم في الحقيقة على الوكيل لان العبد صار له ودفعه مال غير سيده جناية متعلقة برقبته يطالب بها مالكه لا هو ﴿ **و** ﴾ الوكيل اذا أعتقه كان ﴿ **الولاء له** ﴾ لان الولاء للمعتق .

باب المرابحة



المرابحة[1] **كرهها ابن عباس** وابن عمر لأنها مظنة فوت الأمانة ومنعها اسحق لجهالة الثمن ، واجيب بمنع الجهالة لأنه منوط بامر معروف متحقق كالشرط الحالي و ﴿**هل نقل المبيع**﴾ من ملك البائع الى ملك المشتري ﴿ **بالثمن الأول** ﴾ الذي اشترى به البائع ﴿ **وزيادة** ﴾ مثل جزء معلوم منه مثل سدسه او ربعه او نحو ذلك ﴿ **ولو من غير جنسه** ﴾ بشرط ان يعلم عينه ان كان عرضاً او مقداره ان كان نقداً ﴿ **او** ﴾ تكون المرابحة في نقل ﴿ **بعضه** ﴾ اي بعض المبيع ﴿ **بحصته** ﴾ من الثمن ﴿ **وزيادة** ﴾ كما لو اشترى البائع ثوبين ولم يتميز ثمن كل واحد منهما فرابح في احدهما غير معين بحصته من الثمن ، وقال ابو حنيفة لا يصح ، وقيل يصح ان تساويا وعين ، قلنا كما لو باع واحداً غير معين ، وقد تقدم صحته غاية ما يلزم خيار التعيين كما تقدم ، ثم المرابحة تصح ﴿ **بلفظها** ﴾ نحو رابحتك ﴿ **او لفظ البيع** ﴾ نحو بعت منك هذا برأس مالي وكذا زيادة ربحاً ﴿ **وشروطها** ﴾**ثلاثة الأول**﴿ **ذكر كمية الربح** ﴾ ان كان من المقادير او تعينه ان كان من غيرها ﴿ **و** ﴾ ذكر كمية ﴿ **رأس المال او** ﴾ ان لم يذكر فلا بد من ﴿ **معرفتهما** ﴾ اي

قوله : دون ما في يده للسيد ، اقول : لا وجه للتقييد بالسيد فقد تقدم ان المراد بما في يده ما كسبه واستدانه لا ما سلمه اليه سيده كما قاله ابو العباس وقال المؤيد بل بما في يده مطلقاً ولو لسيده .

(١) **باب المرابحة** . اقول : في نهاية المجتهد اجمع جمهور العلماء ان البيع صنفان مساومة ومرابحة ، وان المرابحة هي ان يذكر البائع للمشتري الثمن الذي شرى به السلعة ويشترط عليه ربحاً ما للدينار او الدرهم ، وقوله بيع المساومة هو تسمية البائع قيمة ما يريد بيعه لمن يريد شراءه وجرت عادة الناس ان يذكر البائع في سومه زيادة على ما يريد به بيعه فيقول مثلاً بعشرة وفي نفسه اذا جاء خمسة مثلاً باعه بها وقد عقد وابن ماجة في سننه باباً فقال باب السوم ثم اخرج عن قيله ام بنى انمار انها قالت يا رسول الله اني امرأة ابيع واشتري فاذا اردت ان ابتاع الشيء سميت اقل مما اريد ثم زدت حتى ابلغ الذي اريد فاذا اردت ان ابيع الشيء سميت له اكثر من الذي اريد ثم وضعت حتى ابلغ الذي اريد فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم « لا تفعلي يا قيلة اذا اردتي ان تبتاعي شيئاً فاستامي به الذي تريدين اعطيت او منعت واذا اردتي ان تبيعي شيئاً فاستامي به الذي تريدين اعطيت او منعت » . ورجاله ليس فيهم من لا يعتبر بروايته **هذا عند غالب الناس من السنن المجهولة** ثم ذكر ابن ماجة بابا في بيع المزايدة وذكر حديث القدح والحلس وان رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم « قال من يشتري هذين فقال رجل انا اخذهما بدرهم فقال صلّى الله عليه وآله وسلّم من يزيد على درهم مرتين او ثلاثاً قال انا اخذهما بدرهمين فاعطاهما اياه» . فهذا ليس من السوم على السوم ولا من الصورة التي ورد بها حديث قيلة ام بني انمار .

البائع والمشتري ﴿ **او احدهما اياها** ﴾ اي كمية رأس المال او تكون المعرفة ﴿ **حالا** ﴾ اي حال العقد لا بعده وتعرف ايضاً ﴿ **تفصيلاً او جملة فصلت من بعد** ﴾ العقد واما حاله فلم يعلم الا بمرجع للعلم محفوظ ﴿ **كبرقم صحيح يقرا** ﴾ فيقول البائع بعت منك هذه السلع باثمانها المرقومة في هذه الصحيفة الصحيحة المقرؤة ﴿ **و** ﴾ الشرط الثاني ﴿ **كون العقد الأول صحيحاً** ﴾ لأنه لو كان فاسداً لما ملك الا بالقيمة والقيمة تختلف باختلاف المقومين.

قلت [١] لكن ملكه بالقيمة لا ينافي المرابحة بالثمن بعد جواز الدخول فيه والتصرف كيف شاء ، وقد عرفناك ان ملكه بالقيمة انما يتمشى على القول بحرمة الدخول فيه كما هو قول القسم ﴿ **و** ﴾ الشرط الثالث كون ﴿ **الثمن مثلياً** ﴾ لا يتفاوت لأن موضوعها على تحقق المساواة في الثمن ومعرفة الزيادة ﴿ **او** ﴾ اذا لم يكن مثلياً بل ﴿**قيمياً** ﴾ فلا بد من كونه قد ﴿ **صار الى المشتري** ﴾ المرابح ﴿ **ورابح به** ﴾ نفسه والا لم تتحقق المساواة لما عرفت[٢] من تفاوت القيميات.

﴿ فصل ﴾

﴿ **و** ﴾ على البائع بالمرابحة ان ﴿ **يبين وجوباً تعيبه** ﴾ ان كان قد حدث فيه معه عيب ﴿ **و** ﴾ كذا ﴿ **نقصه ورخصه وقدم عهده** ﴾ اي عهد شرائه له لأنه ربما شراه في القديم وقد تغير في الحال ثمنه ﴿ **وتأجيله** ﴾ لأنه ربما اوجب التأجيل زيادة في ثمنه ﴿ **و** ﴾ مثله ﴿ **شراه ممن يحابيه** ﴾ كل ذلك لئلا يغتر المشتري بزيادة ليست عليه ولا يرضى بها

---

(١) **قوله** : قلت لكن ملكه بالقيمة ، اقول: قد ذكر شارح الاثمار ان مؤلفه نظر الى قولهم انه لا تجري اي المرابحة الا في الصحيح لأن العلة التي ذكرها وهي اختلاف قيمته باختلاف المقومين جارية في المرابحة في بعض المبيع ، وقد ذكروا انها تصح الشفعة ولو كان الثمن قيمياً ولا يضر الاختلاف باختلاف المقومين واختيار مؤلف الأثمار جري المرابحة في غير الصحيح ايضاً كما اشرى اليه الشارح وإن اختلف التعليل، وكذلك صحح المرابحة فيما اذا كان الثمن مثلياً لأنهم عللوا المنع منها بجهالة القيمة لاختلاف المقومين ، وقد ابطلها كما عرفت ذلك.

(٢) **قوله** : لما عرفت من تفاوت القيميات ، أقول : في المسألة خلاف لأصحاب مالك هل تجوز المرابحة فيها وهل تجوز بالعروض او بقيمتها ، قال ابن القيم يجوز له ان يبيعها على ما اشتراها به من العروض ولا يجوز على القيمة.

﴿ و ﴾ على البائع ايضاً ان ﴿ **يحط** ﴾ عن المشتري مرابحة ﴿ **ما حط عنه ولو** ﴾ لم يحصل الحط الا ﴿ **بعد عقدها** ﴾ اي بعد المرابحة فانه لا يضر عقدها على ما وقع عليه العقد الأول وان كان غير مسلم له كله ﴿ **وتكره** ﴾ المرابحة ﴿ **فيما اشترى بزايد رغبة** ﴾ هو كشرائه ممن يحابيه لاشتراكهما في ان الزيادة لَهواً فاذا بين شراءه كذلك فلا كراهة ﴿ **ويجوز** ﴾ لبائع المرابحة ﴿ **ضم المون** ﴾ التي احتاج[1] اليها المبيع معه الى رأس المال فيقول لمشتري المرابحة قام علي هذا بكذا واريد ربحاً كذا واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما أصلح به فساداً حدث في المبيع معه ولم ينقصه او فداه به ممن كان غصبه او نحو ذلك الا انه لا يخفى ان هذا من حفظه كأجرة السمسار وكسوة العبد ونفقته فلا وجه لمنع ضمها من دون صائر المون والقياس منع المون كلها وادراج قدرها في الربح لأن ذلك اسلم من الخيانة ، ﴿ **ومن اغفل ذكر الوزن اعتبر في** ﴾ وزن ﴿ **رأس المال بموضع الشراء وفي** ﴾ وزن ﴿ **الربح بموضعه** ﴾ اي موضع الربح ﴿ و ﴾ الربح ﴿ **هو بين الشركاء حسب الملك لا** ﴾ حسب ﴿ **الدفع** ﴾ بمعنى انه لو اشترى شريكان شيئاً ثم باعاه بعد ان دفع احدهما كل ما عليه من الثمن والآخر لما يدفع الا بعض ما عليه لا لتأجيل بل لتسامح او تمرد فان الربح على قدر الملك لا قدر الدفع ﴿ **وللكسر** ﴾ من رأس المال ﴿ **حصته** ﴾ من الربح ، فلو قال وربح العشرة اثني عشر كان للخمسة حصتها من ذلك الحساب .

تنبيه ومثل المرابحة المخاسرة وهو ان يقول بعت منك ما شريته بعشرة بتسعة او خاسرتك العشرة تسعة وشروطها شروط المرابحة .

فصل ويبين

(١) **قوله** : التي احتاج اليها المبيع ، اقول: في الغيث كالقصارة والخياطة والكرى واجرة السمسار ولكن يقول قام على بكذا وكذا ليكون ابعد من الكذب لا اشتريته وقال مالك لا يجوز وان بين. قلت : في نهاية المجتهد مذهب مالك فيما ينوب السلعة زايد على الثمن بتقسيم ثلاثة اقسام قسم تقدم في اصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم من رأس المال ولا يكون له حظ من الربح وقسم لا يعد من اصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح فالأول ما كان مؤثراً في الصنعة مثل الخياطة والصبغ ، والثاني مما لا يؤثر في عينها مما لا يمكن البائع توليته بنفسه كحمل المباع من بلد الى بلد ، وكذا البيوت التي توضع فيها ، والثالث ما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كطي الثياب ونحوها ، وقال ابو حنيفة يحمل على ثمن السلعة كلما نابه عليها ، وقال ابو ثور لا تجوز المرابحة الا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط . وبه تعرف ما في نقل المصنف عن مالك ولو نسبه الى ابي ثور لكان له وجه تمت والله جزيل الحمد وله المنة .

﴿ فصل ﴾

﴿ **والتولية كالمرابحة الا انها بالثمن الأول فقط** ﴾ وتنعقد بلفظها كما تنعقد المرابحة والمخاسرة بلفظ رابحتك وخاسرتك ، ﴿ **ويجوز ضم المون كما مر والخيانة في عقدهما** ﴾ وعقد المخاسرة ايضاً بان سكت عما تقدم مما يجب ان يبينه ﴿ **توجب**[١] **الخيار** ﴾ للمشتري ﴿ **في** ﴾ المبيع ﴿ **الباقي** ﴾ والأرش في التالف ان جهل العيب وإلا فلا ايهما هذا حكم الخيانة باخفاء العيب ﴿ **و** ﴾ اما الخيانة ﴿ **في الثمن**[٢] ﴾ فهي ان يكذب بدعوى زيادته على ما شراء به ﴿ **و** ﴾ في ﴿ **المبيع** ﴾ ان يستهلك بعضه ويدعي ان الباقي كله ﴿ **و** ﴾ اما الخيانة في ﴿ **المساومة** ﴾ فلا يتحقق[٣] لها مثال الا الخيانة في الثمن او في المبيع وهذه الخيانة ﴿ **كذلك** ﴾ اي كالخيانة في العقد اذ الكل يرجع الى زيادة في الثمن او نقصان في

فصل والتولية

(١) **قوله** : توجب الخيار للمشتري ، اقول قال مالك وجماعة الخيار هنا للمشتري اما بان يأخذها بالثمن الذي صحح (صح ط) ـ او يترك اذا لم يلزمه البائع اخذها بالثمن الذي صح ، وان الزمه لزمه ، وقال ابو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الاطلاق ، قلت وهو الذي في الازهار ، وقال الثوري وابن ابي ليلى واحمد وجماعة بل يبقى البيع لانما لهما بعد الحط فحجة من اوجب البيع بعد الحط للزيادة ان المشتري انما رابحه على ما ابتاع به السلعة لا على غير ذلك ، فلما ظهر خلاف الذي قال وجب ان يرجع الى الذي ظهر كما لو اخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه ان يوفيه ذلك الكيل ، وحجة من رأى ان له الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسألة بالعيب اعني كما انه يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب ذلك .

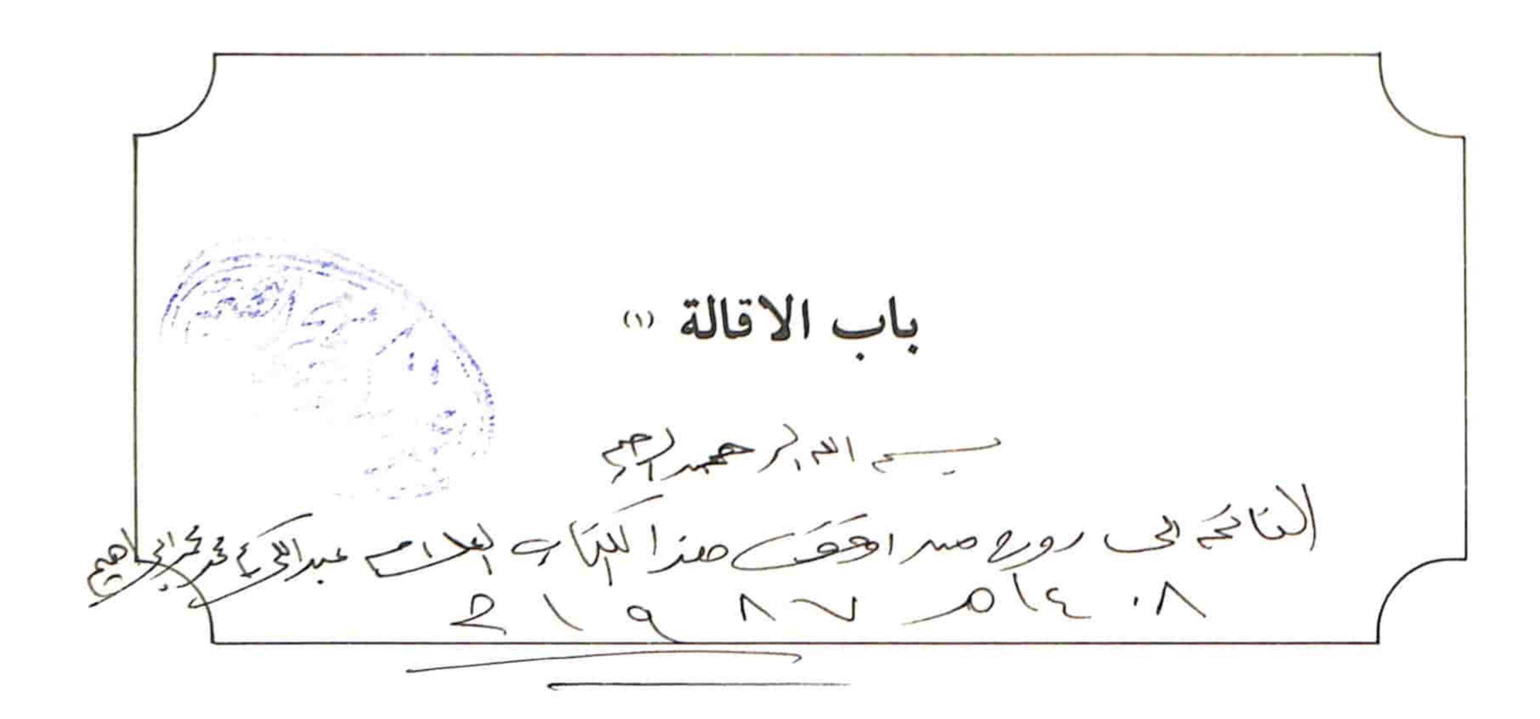
(٢) **قوله** : وفي الثمن ، اقول: يعرف ذلك باقراره وباقامة البينة بانه اقل مما رابح عليه ، واما اذا باع سلعة ثم اقام بينه ان ثمنها اكثر مما ذكره وانه وهم في ذلك وهي قائمة ، فقال الشافعي لا تسمع تلك البينة لأنه يكذبها ، وقال مالك تسمع منه ويجبر المبتاع على ذلك الثمن ، وهذا بعيد لأنه بيع اخر ذكر هذا كله وما قبله في نهاية المجتهد .

(٣) **قوله** : فلا يتحقق لها مثال ، اقول في الغيث وشرح الاثمار وذكر لها صورتين الأولى في الثمن نحو ان يوهمه انها خمسة عشر فيقول بعت منك بخمسة عشر فيقول اشتريت والثانية في المبيع ان يبايعه في رمان او سفرجل فيعزل المشتري منها ما يريد ان يأخذه فيقول له البائع كم هذه فيقول عشر وهو (هي) ـ اكثر او نحو ذلك فيقول له البائع قد بعت منك هذه التي عزلتها بكذا فيبيع منه معتقداً انها العشر وهو ـ (هي) ـ اكثر هذا ما مثلا به ولا شك انه راجع الى ما ذكره الشارح ، واعلم ان لفظ الأثمار وفي المساومة

المبيع وحَ يوجب الخيار في الباقي ﴿ **والارش في التآلف** ﴾ الا ان خيار المرابحة ونحوها من خيار فقد الصفة وقد اشرنا لك الى انها من الشرط الحالي في الحقيقة والعقد مقيد بوجود الشرط فحيث لا يوجد الشرط لا عقد رأساً حتى يخير فيه بل القياس تجديد العقد على تيقن فقد الشرط والا كان اخذه بالأول معاطاة لا عقد فيها رأساً .

= خلاف قال شارحه ذكر الفقيه انما تعيب لأجل الخيار وهو المفهوم في كلام الهادي وابي طالب حيث اثبتا الخيار في بيع الجزاف اذاعلمه البائع وجهله المشتري وذكر الفقيه س في تذكرته انه لاخيار وظاهر الأزهار مثل كلام الفقيه ع الا انه قال والارش مع التآلف ظاهر كلام اهل المذهب لايثبت الارش مع التآلف بالخيانة في المساومة ولذلك ذكر المؤلف الخلاف هنا لما لم يكن ظاهر الا مع البقاء دون التلف . قلت وفيما ذكره من نكتة التنكير تأمل .





باب الاقالة [١]

---

(١) **باب الاقالة** : اقول: اخرج ابو داود وابن ماجة والحاكم وصححه عن ابي هريرة عن النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم « من أقال مسلماً اقال الله عثرته يوم القيمة » ويأتي تصحيحه قريباً في كلام الشارح ، وتأتي الفاظه ، والاقالة قال المطرزي ان الفها واو ، ان كان اشتقاقها من القول لأن الفسخ لا بد فيه من قول ، او يا ان كان اشتقاقها من القيلولة ، واعلم ان قوله صلىّ الله عليه وآله وسلّم في بعض الروايات صفقته يقضي بانه خاص بالبيع ، وفي شرح الارشاد انها تدخل البيع والسلم والهبة والحوالة والصدقة.



﴿ الاقالة انما تصح ﴾

اي تثبت لها الأحكام المخالفة لأحكام الفسخ تارة ولأحكام البيع اخرى اذا وقعت ﴿ **بلفظها** ﴾ اما اذا وقعت بغير لفظها ففسخٌ كما سيأتي ، وقال ابو العباس والامام يحيى لا يشترط لثبوت احكامها لفظها بل يكفي ما افاد ارتفاع البيع .

واجاب المصنف بان لها احكاماً مخصوصة بها كما سيأتي فاعتبر لفظها المميّز لها عن الفسخ والا كان كل فسخ اقالة فلا تختلف احكامها وهو تهافت مبني على ان الأحكام انما اختلفت لاختلاف الاسم وليس كذلك ، وانما اختلفت احكام الفسوخ لاختلاف اسبابها واختلاف السبب وان اوجب اختلاف الحكم لا يوجب اختلاف الاسم فان[١] اسم الأعم اسم للأخص ضرورة ان الحيوان اسم للانسان وان كان لا يدل عليه بخصوصه فالدلالة تخص في دلالة الاسم بمجرده لأنها تكون به وبالقرينة كما في المجاز . وانما تصح الاقالة ايضاً ﴿ **بين المتعاقدين** ﴾ قال المصنف اذ ليس[٢] للوارث نقض ما ابرمه الميت وهو[٣] كما ترا من البهت

---

(١) **قوله** : فان اسم الأعم اسم للأخص ، اقول: لا يخفى ان الأعم اسم للأعم وعليه يدل حقيقة فان اريد به الاخص كان من اطلاق الكل على الجزء مجازاً ، وقد اقر به الشارح حيث قال وبالقرينةكما في المجاز واذا كان كذلك فاذا اطلق الأعم فهو حقيقة في عمومه ، وكلام العلماء في قواعد العلوم مبنية على الحقائق لا المجازات ، ثم في دعوى ان الفسخ عام للاقالة تأمل بل هما غير ان الاقالة برضى البائع والمشتري ، والفسخ باسباب يلزم بها انفساخ العقد رضي البائع والمشتري او كرها فليتأمل.

(٢) **قوله** : اذ ليس للوارث نقض ما ابرمه ، اقول: هذا كلام المصنف في البحر وفي الغيث علله بقوله لأن الاقالة انما هي ممن صدر عنه العقد الأول ، فالورثة لم يصدر منهم عقد فتفرع عليه الاقالة ، ولا احفظ فيه خلافاً . الا انه لا يخفى ان قوله انما هي ممن صدر عنه العقد الأول عين الدعوى ، وانما اختلفت العبارة.

(٣) **قوله** : وهو كما ترى من البهت وكيف لا وقد صح له بيع ما شرى وشرى ما باع ، اقول: اي كيف لا يكون كلام المصنف بهت او هو من بهته ، قال عليه ما لم يفعل والبهتية الباطل الذي يتحير من بطلانه ، كما في القاموس واستدل لبطلان كلام المصنف بانه قد جاز للوارث بيع ما شراه مورثه وشراء ما باعه ، ولا يخفى ان ما شراه المورث قد صار بعد موته ملكاً للوارث فما باع الا ملكه ولا يتصف بيع ما ملكه بالارث انه نقض ما ابرمه مورثه فانه ابرمه لنفسه وملكه ثم مات ، وابرامه غير منقوض قطعاً والا لما ملكه وارثه فبيع وارثه لملكه ليس نقضاً بشيء ومثله شرى ما باع وحَ تعرف ان رميه المصنف بالبهت بهت من الشارح عليه ، على انها ابحاث اجتهادية ظنية لا توجب تعنيفاً ولا تثليباً.

وكيف لا وقد صح له بيع ما شرا وشرا ما باع وغير ذلك من التصرفات المنافية لتصرف الميت والوارث في مثل ذلك خليفة اتفاقاً ولا تصح الاقالة ايضاً الا ﴿ **في مبيع باق** ﴾ لا تالف ، وقال الشافعي تصح في التالف قال الامام يحيى وهو ظاهر المذهب ، قلنا هي اما بيع وبيع المعدوم لا يصح ، او فسخ وهو يوجب رد المفسوخ كما اخذ .

واجيب بمنع كلية الشق الثاني مستنداً بان ذلك في الفسخ الثابت على الوجوب[١] لا على الجواز كالاقالة ولهذا صحت مع فوات بعض المبيع اتفاقاً ، ولا يصح مثل ذلك في الفسخ بالعيب ، ولا تصح الاقالة ايضاً الا اذا ﴿ **لم يزد** ﴾ المبيع في يد المشتري زيادة لا تنفصل كالسمن لامتناع رده ح على حالته يوم العقد بخلاف ما لو كانت مما تنفصل كالصوف فانه يمكن المشتري اخذ ما هو له من الفوائد ح ولكن هذا مـ[illegible] على الوهم المتقدم في منع التقايل في التالف، وهو اشتراط كون الرد على الحالة الأولى و[illegible] عرفت ان ذلك انما هو في الرد الواجب للرد لا الجائز فلا منع .

قلت : واذا قد صح ان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم قال « ان من اعظم الناس جرماً من سأل عن شيء فحرم من اجل مسألة»مع ان المحرم هو الله ورسوله ، فما ظنك[٢] بمن منع الاقالة واوجب فسخها بعدم مثل هذه الشروط التي ليس عليها اثارة من علم نقلي ولا عقلي ،

---

(١) **قوله** : على الوجوب لا على الجواز ، اقول : فأين دليل التفرقة؟ وان كان كلاماً على السند الا انه قد اعتمده فيما يأتي حيث قال وقد عرفت ان ذلك انما هو في الرد الواجب للراد ، وفي المنار لا نسلم عدم صحة الفسخ في التآلف ولا ما ادعوه شرطاً فيه اذ قد يتعلق به غرض ما ولا دليل على اشتراط ان كان رده للبائع وفي الغيث في تعليل كلام الشافعي ان المقصود من الاقالة رفع الغبن والظلامة فان المبيع ربما كان رخيصاً وربما كان غالياً ، وهذا المعنى يصح في التآلف وغير التآلف ، فاذا تقايلان انفسخ العقد بينهما ويرجع المشتري بالثمن والبائع في قيمة التآلف .

(٢) **قوله** : فما ظنك الخ ، أقول : اي في عظم الجرم لمن منع الاقالة الا انه يقال هذه مسائل اجتهادية ظنية ، والمانع مجتهد غايته انه مخط فله اجر واحد بالنص ولا اثم عليه والحديث ورد في من سال عن شيء سكت الله عنه فحرم لاجل سؤ اله اخرج الشافعي واحمد والشيخان وغيرهم من حديث سعد ابن ابي وقاص قال : كانوا يسألون عن الشيء وهو لهم حلال فما زالوا يسألون حتى يحرم عليهم واذا حرم عليهم وقعوا فيه ، واخرج ابن المنذر عن سعد بن ابي وقاص قال « قال رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم اعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من اجل مسألته » ولا يخفى ان هذا في التحريم القطعي الثابت بالنص لا في الظني الاجتهادي.

فنسأل الله السلامة ، كيف وقد عارضت اطلاق قول رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم « من اقال مسلماً اقال الله عثرته يوم القيمة » ابو داود وابن ماجة وابن حبان والحاكم ، وفي رواية « من اقال نادماً » صححه ابن حزم والحاكم وقال ابو الفتح التستري هو على شرطهما من حديث ابي هريرة ، وانما تكون الاقالة اقالة اذا كانت ﴿ **بالثمن الأول فقط** ﴾ فانه هو الذي يلزم رده ﴿ **ولو سكت عنه ويلغو شرط خلافه** ﴾ لأنه شرط لخلاف موجب الاقالة وموضوعها ، وقد عرفت انه يلغو في النكاح اتفاقاً[١] وفي البيع على ما قررناه لك هناك وبيّنا به ضعف الفرق بين النكاح والبيع في ذلك ، ويلغو شرط الخلاف ﴿ **ولو** ﴾ كانت المخالفة ﴿ **في الصفة** ﴾ فقط ﴿ **و** ﴾ الاقالة بلفظها ﴿ **هي بيع في حق الشفيع** ﴾ اي بالنظر اليه وادعى المصنف في ذلك الاجماع وما ادرى[٢] ما صحة هذه الدعوى وان كانت فسخاً في حق المتبايعين على ما سيأتي تحقيقه واذا كانت بيعاً في حقه ثبتت له الشفعة بالتقايل ولو قبل القبض كما ثبتت بالتبايع ذكره المصنف وانما يتمشى على قول الشافعي بجواز بيع ما لم يقبض من بائعه الا انها اذا كانت بيعاً لم تصح في المشتري ونحوه قبل قبضه كما تقدم ، والشفعة لا تثبت الا في الصحيح عند المصنف فقياسه اشتراط القبض ، ثم الاقالة وان كانت بيعاً في حق الشفيع فانها ﴿ **فسخ في غيره** ﴾ وقال زيد والناصر والمؤ يد وتخريجه انها بيع مطلقاً الا ان المصنف ادعى الاجماع على انها فسخ في السلم والقرض والا لزم بيع المعدوم .

قال والدنا في الياقوتة وكذا في البيع الفاسد بلا خلاف وهو وهم لأن الرد للفساد

---

(١) **قوله** : اتفاقاً ، اقول قال المصنف اذ ذلك اجماع كما نقله عن الكافي فان كان المبيع كله باقياً لم تصح الاقالة في بعضه . وقد افاده الازهار حيث قال لم يزد ولم يقل ولم ينقص ، وفي الانتصار وان كان المبيع كله باقياً لم تصح الاقالة في بعضه ، ورده المصنف في البحر بقوله قلت القياس الصحة كالفسخ بالتراضي انتهى وهو كلام جيد.

(٢) **قوله** : ما ادرى ما صحة هذه الدعوى ، اقول : في المنار لولا دعوى الاجماع في الشفعة لكانت كغيرها اذ مدلول الاقالة جعل ما كان لم يكن ، فكأنه لم يقع بيع وهذا معنى الفسخ لا معنى بيع آخر . قلت في الغيث لا يختلف السادة في كونها بيعاً في حق الشفيع . قلت لا يخفى ان هذا ليس الاجماع الذي تقوم به الحجة فليس السادة جميع مجتهدي الامة حتى يكون اجماعهم حجة بل هم في اطلاقهم يراد بهم السيدان وابو العباس ، وفي شرح الارشاد على مذهب الشافعي انها لا تجدد بها شفعة على الاظهر . وبه تعرف ان قول المنار لولا الاجماع الخ ، غير صحيح اذ لا اجماع هنا والحق ما قاله من نفي تجدد الشفعة بالاقالة .

معلل بحصول المفسد والرد بالاقالة معلل بالاختيار ، فاذا رد باحد العلتين لم يلزم حكم الاخرى واذا كانت فسخاً خالفت حكم البيع لكن اثبات المخالفة بمثل قوله ﴿ **فلا يعتبر** ﴾ فيها القبول لها في ﴿ **المجلس في** ﴾ حق المقال ﴿ **الغائب** ﴾ كما يعتبر في البيع كلام لا حاصل له لأنه اذا اراد بالمجلس مجلس البائع فالبيع كذلك لا يعتبر فيه قبول المشتري الغائب في مجلس البائع بل يكفي قبوله في مجلس العلم لما تقدم[1] من صحة البيع بالكتابة والرسالة كالنكاح ، وان اراد مجلس العلم بها فالاعراض عن قبولها فيه كالاعراض عن قبولها مع حضوره مجلس البائع كلاهما موجب لعدم صحتها كالبيع ، فاذن لا فرق بهذا الوجه ﴿ **و** ﴾ من الفروق انها اذا كانت فسخاً ﴿ **لا تلحقها الاجازة** ﴾ قياساً على الطلاق بخلاف ما لو كانت بيعاً لكن في القياس على الطلاق نظر لأن الاجازة انما لم تلحقه لأنه استهلاك بلا عوض ولهذا لحقت الخلع منه والفسخ هنا اشبه بالخلع من حيث انه مقتض لرد الثمن فليس استهلاكاً بل معاوضة ﴿ **و** ﴾ من الفروق انها ﴿ **تصح** ﴾ من المشتري ﴿ **قبل القبض** ﴾ ولو جعلناها بيعاً لم يصح ﴿ **و** ﴾ من الفروق ان ﴿ **البيع** ﴾ اذا صدر من المقيل الى مشترٍ آخر ﴿ **قبله** ﴾ اي قبل ان يقبض المبيع من المستقيل وكان ذلك البيع ﴿ **بعدها** ﴾ صح ذلك

---

١) **قوله** : لما تقدم من صحة البيع بالكتابة والرسالة ، اقول: هذا نقض لما قالوه من الفرق وحاصله انه قد صح البيع بالكتابة والرسالة ومجلسهما في الأغلب مختلف فقد صح بيع لا يعتبر فيه اتحاد المجلس كالفسخ وقد يقال مجلس البيع في الكتابة والرسالة لم يختلف فيه مجلس الايجاب والقبول لان كلام الرسول تقوم مقام كلام المرسل فلذا اشترط اتحاد مجلس ابلاغه الايجاب الجواب بالقبول وكذلك الكتابة فانها مقام لفظ الكاتب لم يختلف المجلس واما هنا في الاقالة فلا يشترط لها كتابة ولا رسالة بل اذا قال من حضر مجلس المقيل للمقال سمعت فلاناً يقول قد اقالك فقبل صحت الاقالة هذا غاية ما يتكلف من الفرق، واعلم انه قد افاد الازهار بمفهومه انه يعتبر القبول وقد صرح به الاثمار حيث قال ويشترط القبول او ما في حكمه ، قال شارحه التصريح بذلك من الزوائد وهو مستفاد من مفهوم عبارة الازهار ولا ريب انه تلون البحث في الاقالة لم يجعلوها فسخاً ولا بيعاً بل اخذوا بها من كل واحد من النوعين حكماً ويعجبني كلام ابن حزم فانه جعلها بيعاً فقال ان البيع عقد صحيح بالقرآن والسنن والاجماع المتيقن المقطوع به من كل مسلم على اديم الارض كان او هو كائن فاذا هو كذلك باليقين فلا يصح فسخ عقد صححه الله تعالى في كتابه على لسان رسوله صلىّ الله عليه وآله وسلّم الا بنص آخر ولا نص ولا في جواز فسخه مطارحه بتراضيهما الا فيما جاء نصٌ بفسخه كالشفعة وما فيه الخيار بالنص فإذا كان ذلك كذلك فلم يكن بيد من اجاز الفسخ نص اصلاً فقد صح ان الاقالة بيع من البيوع بتراضيهما يجوز فيها ما يجوز في البيع ويحرم فيها ما يحرم في البيوع .

البيع لأنه لم يبع مشترا قبل قبضه ، وانما باع ما انكشف انه باق على ملكه ، بخلاف ما لو جعلناها بيعاً كان كبيع مشتري قبل قبضه ﴿ **و** ﴾ من الفروق انها اذا كانت فسخاً صح ان تكون ﴿ **مشروطة** ﴾ بشرط مستقبل بخلاف ما لو كانت بيعاً ﴿ **و** ﴾ من الفروق انها اذا كانت فسخاً صح ﴿ **تولي واحد طرفيها** ﴾ بخلاف ما لو كانت بيعاً لأن المانع لتولي واحد طرفي البيع امتناع كونه طالباً مطلوباً وقد عرفناك عدم امتناعه ﴿ **و** ﴾ من الفروق انها اذا كانت فسخاً ﴿ **لا يرجع عنها قبل قبولها** ﴾ لأن صحة الرجوع قبل القبول انما يكون فيما لا ينعقد الا بلفظين من شخصين فاذا كان الرجوع من الأول قبل لفظ الثاني كان رجوعاً قبل الانعقاد بخلاف ما ينعقد بلفظ واحد من شخص كالطلاق فالرجوع فيه بعد اللفظ الواحد رجوع بعد الانعقاد لكن في كونها لا تحتاج الى اللفظين نظراً لأن فيها معاوضة من حيث رد الثمن وكل معاوضة فلا بد فيها من اللفظين كما قلنا في الخلع وفيها ايضاً في حق غير الغائب كما تقدم ﴿ **و** ﴾ لا يخفاك ان جعلها بيعاً في حق الشفيع والخلاف في كونها بيعاً او فسخاً انما يتمان اذا كانت بلفظ الاقالة واما ﴿ **بغير لفظها** ﴾ فانها ﴿ **فسخ في الجميع** ﴾ من حق الشفيع وحق غيره خلافاً لأبي العباس والامام يحيى كما تقدم ﴿ **والفوائد** ﴾ الحاصلة بعد البيع وقبل التقايل ﴿ **للمشتري** ﴾ لحصولها في ملك له مستقر سواء جعلناها فسخاً او بيعاً وسواء كانت الفوائد اصلية او فرعية لأن الاقالة لما كانت على جهة الجواز الاستحقاق كانت رفعاً [١] للعقد من حينه كالبيع ، ولهذا ثبت لها حكم البيع في بعض الأحوال .

---

(١) **قوله** : رفعاً للعقد من حينه ، أقول: في الغيث وغيره مثلهُ قال المنار دعوى انه فسخ من حينه لا من اصله تحتاج الى دليل لأن ظاهر معنى الاقالة ان الكائن بينهما كان لم يكن وهو في رفع الشيء من اصله اظهر فيترتب عليه الفوائد ، ودعوى الاتفاق والاجماع ما لم تكن قطعية لا يمنع النظر . قلت وتقدم له قريباً ان دعوى الاجماع في الشفعة وان الاقالة ليست فسخاً فيها منعت من جعلها كغيرها وكان الأولى ان لا يمنع النظر هنالك ايضاً.



باب القرض



﴿ القرض [١] انما يصح في مثلي او قيمي جماد ﴾

لا حيوان وقال الباقر والصادق والقسم ومالك والشافعي وداود وابي جرير والمزني يجوز الا ان مالكاً والشافعي استثنيا قرض الولايدالتي يحل [٢] وطيها اغتراراً [٣] بما نقله

---

(١) **باب القرض** : اقول : في شرح الارشاد انه بفتح القاف اشهر من كسرها يراد به اسم المفعول بمعنى المُقْرَض والمصدر بمعنى الاقراض الذي هو تمليك شيء على ان يرد بدله وهو لغة القطع فيسمى به لأن المقرض يقطع للمقرض قطعه من ماله وهو من القرب المقربة اخرج مسلم « من نفس عن اخيه كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة يوم القيمة ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه » ، وقال السبكي في تكملة شرح المهذب ما لفظه وفي كتب اصحابنا حديث مرفوع « الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر » ولا اعرف لهذا الحديث اصلا قال الزركشي قلت له اصل اصيل فانه اخرجه ابن ماجه في سننه من حديث انس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم «رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر قلت يا جبريل ما بال القرض افضل من الصدقة قال لأن السائل يسأل وعنده والمستقرض لا يستقرض الا من حاجة » وفيه خالد بن يزيد بن مالك ضعفه جماعة ووثقه احمد بن صالح وابو زرعه والدمشقي ، وقد ورد ما يعارضه « فاخرج ابن ماجه عن ابن مسعود انه صلى الله عليه وآله وسلم ما من مسلم يقرض مسلماً مرتين الا كان كصدقتهما مرة » وفي اسناده سليمان بن بشير النخعي ضعيف ، ولكنه اخرجه ابن حبان في صحيحة بلفظ « من اقرض مرتين كان له مثل اجر احدهما لو تصدق» واخرجه البزار بلفظ «قرض مرتين تعدل صدقة مرة» اخرجه مرفوعاً وقال الدار قطني وقفه على عبدالله بن مسعود اصح ، قلت الا انه لا يقال من قبل الرأي فله حكم الرفع .

(٢) **قوله** : التي يحل وطوها ، اقول : فإن الاولين جوزوا قرض الأمة للوطء كما يصح جعل الامة مهراً ومنعه الشافعي ومن ذكر .

(٣) **قوله** : اغتراراً بما نقله الغزالي ، اقول : علل المنع من قرضهن في شرح الارشاد بان القرض عقد جائز يثبت فيه الرد وربما يطاها المقرض ثم يردها فيشبه اعارة الجواري للوطء ، قالوا لأنه يطاها ثم يردها اليه فيكون فرجاً معاراً ، قال ابن حزم هم يوجبون هذا نفسه في التي يجد فيها عيباً ثم نقول لهم اذا وطيها بحق بنص قوله تعالى (الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم) وردها بحق لأنه يؤدي ما عليه فانقلب من حق الى حق ، واما قولهم انه فرج معار فكذب باطل ، لأن المستقرضة ملك يمين فهي له حلال وهو مخير بين ان يردها او يمسكها ويرد غيرها ، قالوا هذا شنيع بشيع ، قلنا لا شنعة ولا بشاعة في الحلال ، ثم لا يستبشعون بمثله بان يكون انسان يبتاع جارية من غيره ثم يطاها ثم يبتاعها الذي باعها فيستبريها بحيضه ثم يطاها ثم يبتاعها الذي باعها منه وهكذا ابداً .

الغزالي واما الحرمين عن السلف من النهي عن قرضهن ، ولكن قال ابن حزم وما نعلم في هذا اصلاح من كتاب ولا رواية صحيحة ولا سقيمه ولا من قول صاحب ولا اجماع ولا قياس ولا رأي سديد ، لنا انه نوع من البيع يختص بتساوي العوضين من كل وجه ولا يتحقق ذلك في الحيوان لعظم تفاوتها كالجواهر .

واجيب بمنع الاصل مسنداً بجوازه في بعض القيميات ، قلنا التي لا يعظم تفاوتها كالخشب والحطب والريحان .

واجيب بمنع عدم التفاوت العظيم فيما ذكر ولو سلم فعظم التفاوت في الحيوان والجواهر في البعض لا يستلزم عظمه في الكل لا مكان التساوي في البعض فيكون هو الواجب عند التشاجر ، قلنا بيع مخصوص وقد صح النهي عن بيع الحيوان بالحيوان كما تقدم قالوا وتقدم معارضه وفي المقام خصوصاً ما في المتفق عليه من حديث ابي هريرة « انه كان لرجل على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حق فاغلظ له فهم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم به فقال دعوه فان لصاحب الحق مقالا ثم قال لهم اشتروا سناً فاعطوه اياه فقالوا لا نجد الا سناً هو خير من سنه قال اشتروه واعطوه اياه فان خيركم احسنكم قضاء» وعند مسلم من حديث ابي رافع ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « استلف من رجل بكراً [1] فقدمت عليه ابل الصدقة فامر النبي صلى الله عليه وآله وسلم ابا رافع ان يقضيه بكرة في قصة فقضاه رباعياً » وعند النسائي والبزار من حديث العرياض بن ساريه ان اعرابياً جاء الى النبي صلى الله عليه واله وسلم فقال اقض بكرى فقضاه [2] بعيراً واما قوله ﴿ **امكن وزنه** ﴾ فقد احترز به عن

---

(١) **قوله** : بكرا ، اقول : بفتح الموحدة الصغير من الابل والرباعي بفتح الراي ماله ست سنين ، واعلم انه اود انه كيف قضاه رسول الله صلى الله عليه واله وسلم من ابل الصدقة وزاده منها ، واجيب بانه ما قضاه من ابل الصدقة بل شراه من خالص ماله وتبرع بالزيادة منه ، هذا احد الاجوبة ، وقد وردفي حديث قيل ويؤخذ منه ان الحيوان مثلي مع قلة التفاوت، قلت الاانه لايتمشى على كلام المصنف وغيره ويأتي جواب المصنف عنه .

(٢) **قوله** : فقضاه بعيراً ، اقول : تقدم تفسير البكر والبعير هو الجمل البازل والجذع كما في القاموس ما كان من الابل في الخامسة فعلى التفسيرين هو زايد على البكر ان قيل قد نهى عن قرض يجر منفعة قيل ذلك حيث المقرض اخذ الزيادة من ابتداء قرضه ، واما اذا اعطاه المقرض من نفسه فمن باب الاحسان ، وقد بوب المجد ابن تيميه في المنتقى باب جواز الزيادة عند الاداء ، والنهي عنها قبله

نحو قرض ما لا يمكن نقله كالدور والحرث بناء على ان الوزن يقطع به التشاجر ان كان ولا يجديه ذلك لأنه وان زال التفاوت في القدر فلا يزيل التفاوت في الصفةوالتساوي فيها شرط ولما خاف من ذلك قال ﴿ **الا ما يعظم تفاوته** ﴾ وفي الصفة من القيمي الممكن الوزن ﴿ **كالجواهر والمصنوعات** ﴾ صنعة متفاوتة لانها تتفاوت القيمة ، ولا ينطبق التفاوت ، وقد عرفناك ان التفاوت ليس يلازم ماهية حتى لا ينفك عن افرادها وانما هو عرض مفارق يكون في بعض الافراد دون بعض فلا يمتنع التساوي في البعض والتفاوت في البعض والقضاء يمكن من المساوي عند التشاجر واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما يقل التفاوت فيه من المصنوعات كضربة الدراهم والأجر والخبز .

وبالجملة هذى تلون لا حاجة اليه لأن القرض مبني على التكرم ولهذا لم يثبت فيه الربو كما في الصرف لأن الصرف ونحوه مبني على المشاحة وطلب

= واستدل للاول بهذه الاحاديث وبحديث «ان خيركم احسنكم قضاء»، واستدل للنهي بحديث انس عند ابن ماجة انه سال صلى الله عليه وآله وسلم عن الرجل يقرض اخاه المال فيهدي اليه فقال اذا» اقرض احدكم قرضاً فأهدى اليه طبقاً فلا يقبله او حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبل الا ان يكون جرا بينه وبينه قبل ذلك « وفي معناه احاديث اخر ويأتي كلام الشارح بقريب من هذا ، واعلم ان المصنف قد اجاب عن هذه الاحاديث الدالة على قرض الحيوان بقوله انه محمول على انه صلى الله عليه وآله وسلم قضى عن القيمة بالتراضي ، قال عليه المنار هذا تعسف جر اليه القواعد المختل اساسها ، وقد حققنا في مواضع ان الجنس اقرب الى المماثلة من القيمة بمجردها اذ يجتمع في الجنس الجنسية والتقويم لانه طريق مماثلة البدل وهذا الحديث من ادلتها ، وكذلك سائر ادلة قرض الحيوان ، وحديث اناء مكان اناء ، وكذلك جزاء الصيد كما حققناه في الاتحاف ، وقد قال المصنف ومن معه بمثل هذا في باب الزكاة فقالوا الواجب من العين فان تعذر فمن الجنس فان تعذر فالقيمة فكيف لم ينتقلوا الى القيمة بمجرد تعذر العين ويقولون منعه التفاوت ؟ كما قالوا هنا وقد لاحظنا هذا في عدة مواضع من ابحاثنا وينبني على ما قلنا صحة قرض الرقيق وجوازه لما مر من الملك بمجرد القرض والهدية ، وكذلك في الخبز وفي ذلك حديث لم يحضرني تخريجه فليبحث عنه انه صلى الله عليه وآله وسلم سأل عن قرض الخبز فقال انما هي مكارم اخلاق خذ الصغير ورد الكبير وخذ الكبير ورد الصغير ، اوكما قال صلى الله عليه واله وسلم قلت وفي شرح الارشاد انه يجوز قرض الخبز وزناً كما قاله جمع متقدمون واختاره الرافعي واقتضى كلام النووي ترجيحه ورجحه الاسنوي وغيره لاجماع اهل الامصار على فعله في الاعصار بلا انكار ، وفيه حديث منقطع اخرجه الطبراني وابن عدي وقال الجوزقي بجواز اقراضه عدداً . « قلت وكأنه الحديث الذى اشار اليه في المنار » .

الارباح الدنيوية كما ان القرض لطلب الارباح الاخروية وبين الامرين بون بعيد ، ولهذا يشترط في القرض ان يكون ﴿ **غير مشروط** [١] **بما يقتضي الربو** ﴾ من شرط جر منفعة او زيادة او نحو ذلك ﴿ **والا** ﴾ يترك الشرط المقتضى للربو ﴿ **فسد** ﴾ عقد القرض نحو ان يقرضه على ان يقضيه في مكان كذا بحيث يكون [٢] له في ذلك الشرط منفعة لحديث نهى عن قرض جر منفعة الحراث ابن أبي أسامة في مسنده من حديث علي عليه السلام وهو منقطع وفيه سوار [٣] بن صعب متروك ، وقال البخاري منكر الحديث الا ان البيهقي رواه موقوفا على ابن عباس وابن مسعود وابي بن كعب وعبدالله بن سلام وفضالة بن عبيد ، وقال عمر بن زيد في المغني لم يصح في ذلك شيء عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم .

قلت : وظاهره مشكل على جواز قبول الزيادة في القضاء تبرعاً فان القرض هو الذي جرها قطعاً الا ان يكون جر منفعة مصدراً منتصباً على المفعول له حتى يكون المعنى عن قرض لأجل جر منفعة فحينئذ يجب الحكم بفساد القرض مع اضمار ذلك كما يروى عن الهادي عليه السلام لكن كلامنا فيما يحكم به والسراير حكمها الى الله تعالى فعلينا حمل المحسن ظاهراً على السلامة حتى يصرح بالشرط .

فصل

﴿ **وانما يملكه** ﴾ المستقرض ﴿ **بالقبض** ﴾ وينوب عن القبول كما قال المؤيد في المعاطاة ، وقيل هو جائز من كلا الطرفين فلا يملك بالقبض كالعارية ولهذا يجب قبول عينه اذا

---

(١) **قال** : غير مشروط بما يقتضي الربو ، اقول : وذلك لأن (موضع) ـ موضوع نخ ـ القرض الارفاق فاذا شرط فيه لنفسه حقاً خرج عن موضوعه فمنع صحته كما علله بهذا في شرح الارشاد .

(٢) **قوله** : يكون له في ذلك الشرط منفعة ، أقول : ما لو كانت المنفعة للمقترض فان شرط له أقل مما قد اقترضه أو أردى منه أو مكسر غير صحيح أو نحو ذلك صح القرض لان العقد عقد ارفاق فكأنه زاد في الارفاق ووعده وعداً حسناً وفسد الشرط لانه وعد لا يلزم .

(٣) **قوله** : فيه سوار بن مصعب اقول هو ما اشرنا اليه سابقاً وفي الامداد انه ليس للمقترض من ذلك اي الزيادة حيث اقترض لنفسه فان اقترض لمحجور او لجهة وقف امتنع الزايد ، والاولى للمقترض وكل دائن عدم قبول رفق من المدين وظاهر كلامهم ان المقرض يملك تلك الزيادة من غير لفظ تمليك .

ردها المستقرض ، واجيب بان العارية [١] لا عوض فيها ووجوب [٢] قبول رد العين لأنه ايفاء ولا يتعين فيه غير العين واما قوله ﴿ **فيجب رد مثله جنساً وقدراً وصفة** ﴾ فمبنى [٣] على الغالب والرد يجب ايضاً ﴿ **الى موضع القرض** ﴾ لأن ذلك [٤] من المساواة اذ لو افتقر المقرض الى مونه في القضاء لكان ذلك من النقص وسيأتي تحقيقه في الفصل الآتي ان شاء الله تعالى ﴿ **و** ﴾ القرض ﴿ **لا يصح** [٥] **الانظار فيه** ﴾ وقال ابو طالب والامام يحيى ومالك واحد قولي ابي العباس يصح ويلزمه سوى كان التأجيل حال القرض او بعده ، قلنا القرض تبرع كالعارية ، قالوا افترقا برد غيره فهو كالبيع ، وقال المصنف بل لأن التأجيل نقصان من العوض ، وقال شيخنا بل ايجاب [٦] حق للغير مقارن لتمليك وعليه اطلاق قوله تعالى (اذا تداينتم بدين الى اجل) ولأن التأجيل لو كان نقصاً لما لزم الشفيع بل التعجيل اذ لا يلزم به الا ما لزم المشتري ، وقد رجع المصنف في بعض كلامه في البحر الى لزوم التأجيل كالبيع ﴿ **و** ﴾ كذلك لا يصح الانظار ﴿ **في كل دين لم يلزم بعقد** ﴾ كاروش الجنايات وقيم المتلفات ،

فصل وانما يملك بالقبض

(١) **قوله** : بان العارية لا عوض فيها ، اقول فلا يتم القياس مع الفارق ولان العين المقرضة ملك للمقترض بخلاف العين المعارة فهي على ملك المعير انما للمستعير مجرد الانتفاع .

(٢) **قوله** : ووجوب قبول رد العين ، اقول اي قبول العين المقرضة اذا ردها لاجل انه ايفاء لمن اقرضه فيجب قبوله ولو كان عين ما اقرضه .

(٣) **قوله** : فمبنى على الغالب في رد مثل مااقترضه والافلو رده نفسه اجزاء وكان ايفاء لما في ذمته وهذا رد لقولهم ولهذا يجب الخ .

(٤) **قوله** :لأن ذلك من المساواة ، اقول في الغيث قال اصحابنا ولو ان رجلا اقترض من رجل دراهم والصرف على عشرين درهماً بدينار ثم تزايد سعر الدينار او تناقص او كان على حاله كان عليه دراهم مثل دراهمه ، ومن نقدها سواء وكذلك القول في استقراض الطعام ونحوه مما يكال ويوزن على اصل يحيى ، قلت ولا احفظ فيه خلافاً .

(٥) **قوله** : ولا يصح الانظار ، اقول : في الغيث فلو قال المقرض للمستقرض قد أنظرتك لم يلزمه . قلت : فكان الاولى ان يقول ولا يلزم الانظار عوض لا يصح .

(٦) **قوله** : بل ايجاب حق للغير اقول عطف على قول المصنف ان التأجيل نقصان من العوض ، فقال ليس بنقصان بل هو ايجاب حق للغير وهو التأجيل للمستقرض فيدخل في اطلاق اذا تداينتم الآية ، قلت ويدل له المؤمنون عند شروطهم ، فيصح الانظار ويلزم .

قالوا للزومها بغير اختيار من لزمه فالتأجيل لها تبرع لا يلزم كما لا يلزم في العارية وعليه ما تقدم في كلام شيخنا المفتي رحمه الله تعالى ﴿ و ﴾ القرض ﴿ **فاسدة كفاسد البيع** ﴾ في احكامه الماضية كلها الا مقتضى الربو فحرام باطل كما تقدم فلا نكرره واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عن قرض العبد فانه لا ينفذ عتقه لو اعتقه بناء على ان القرض عارية ، ولهذا كانت عارية النقدين قرضاً .

واجيب بالمنع مسنداً بانه معاوضة لا كالعارية بل كالبيع ، اما عارية النقدين فانما تنصرف الى القرض بقرينة انه لا ينتفع بهما في الاغلب الا للاتلاف وكيف [١] لا والعتق سريع النفوذ بحيث يصح في مواضع لا يصح فيها غيره كما تقدم ، فلو قال المصنف قيل غالباً ليكون ذلك اشارة الى ضعفه لكان صواباً فقد ضعفه [٢] هو بنفسه ﴿ و ﴾ اذا اودع رجل رجلا آخر دراهم فاحتاج الوديع الى قرض منها فاستأذن صاحبها بان يقترض منها ويقبضه سفتجة اي صحيفة يأمر له بالقضاء من بلاد اخرى فان ﴿**مقبض السفتجة** [٣]﴾اي كاتبها وهو الوديع مثلا ﴿ **امين فيما قبض** ﴾ من الوديعة بمعنى ان القرض بأذن المالك لا يبطل الامانة ولكنه

---

(١) **قوله** : وكيف لا والعتق سريع النفوذ ، اقول : في شرح الاثمار قال ابو مضر من اقترض عبداً فاعتقه ان عتقه لا يصح اجماعاً بناء منه على ان القرض الفاسد لا يملك بالقبض وفي دعوى الاجماع ضعف لما تقدم من قول القائلين بصحة قرض الحيوان ، ومن قال انه يملك بالقبض قال بصحة عتقه بعد قبضه .

(٢) **قوله** : فقد ضعفه هو بنفسه ، اقول :لم يضعف اصل الاحتراز من المراد وانما ضعف دعوى الاجماع على انه لا يعتق اجماعاً فانه ضعف الدعوى بما اسلفناه قريباً عن شرح الاثمار ولفظه قلت : ومن قال انه يملك بالقبض قال يصح عتقه بعد قبضه . نعم كان يحسن حذفه غالباً لأنها احتراز عن مسألة متفرعة عن صحة قرض الحيوان ، والمصنف قد منعه فهو احتراز عن فرع اصله باطل . وقد حذفه الاثمار لكنه اتى بغالباً احترازاً عما لو اقترضه بغير لفظ بل معاطاة فالمعاطاة لا تملك بالقبض بخلاف البيع والازهار اتى بما لا يحتاج اليه وحذف ما يحتاج اليه . وعكسه الاثمار .

(٣) **قال** : السفتجة ، اقول : بالمهملة والفا والمثناة من فوق والجيم في القاموس كقرطفه وهو ان يعطى ما لا لأحد وللآخر مال في بلد المعطى ليوفيه اياه فيستفيدامن الطريق . وفي البحر انه لفظ فارسي وفي الغيث وشرح الاثمار انه لغة الحبشة الا انه لا يخفاك ان ذكر القاموس له دل على انه لغوي فيحتمل انه منقول الى اللغة عن احدهما ان قيل هذا قرض جر منفعه وهي استفادة الأمن واجرة كراء المال ، قلت قد اجاب المصنف عنه بقوله لا بالشرط وانه يفتقر الى تأمل .

﴿ ضمين فيما استهلك ﴾ بالقرض ﴿ و ﴾ لا يخفى ان عبارة المصنف بمعزل عن تأدية هذا المعنى لولا اخذه من معرفة مراده على ان تعرضه لذلك خارج عن المقام اذ هو لبيان احكام القرض لا لبيان الضمانة والامانة لا سيما والاخبار بهما كالاخبار بان السماء فوقنا اذ ﴿ كلاهما ﴾ اي القرض والقضاء على الوجه المذكور معلوم عند كل مميز انه ﴿ جائز ﴾ لوجود المقتضي وهو الأذن وعدم المانع ولو قال ويصح القضاء في غير موضع القرض الا ان لا يقرض المقرض ﴿ الا بالشرط ﴾ لانه ح يكون قرضاً لجر منفعة لا يصح كما تقدم لسلم من الخفاء والطول والتعرض لما هو في المقام فضول .

﴿ فصل ﴾ [١]

﴿وليس لمن تعذر عليه استيفاء حقه حبس حق خصمه ولا استيفاؤه الا بحكم ﴾ سواء كان الحبس والاستيفاء من الجنس أو من غيره ، وقال المؤ يد وأبو حنيفة يجوز من الجنس فقط ، وقال المنصور والشافعي يجوز مطلقاً ، وقال المصنف ان تعذر[٢] الحكم لنا عمومات تحريم مال المسلم ، قالوا[٣] مخصوصة بجزاء سيئة سيئة مثلها (وان عاقبتم فعاقبوا بمثل

---

(١) **فصل** : وليس لمن تعذر الخ ، اقول : قال تعذر وذلك عند تمرد الغريم ولو كان غير متمرد فانه لا يجوز بالاجماع فالخلاف الآتي حيث كان الغريم متمرداً ولما يأمره الحاكم ، وقد اوضحه المصنف في الغيث حيث قال واعلم ان المسألة على ثلاثة وجوه الاول ان يكون الغريم غير متمرد فلا يجوز ذلك بالاجماع ، الثاني ان يكون بأمر الحاكم فيجوز بالاجماع ذكره ابو مظر ، الثالث ان يكون متمرداً ولم يأمره الحاكم ففيه ثلاثة اقوال .

(٢) **قوله** : ـ ان تعذر الحكم ، أقول : استدل له بقوله لئلا تضيع الحقوق ولظواهر الأي .

(٣) **قوله** : ـ قالوا ، أقول : اي المجوزون مطلقاً المثل في الآيتين المراد به المساواة والمماثلة في الفعل من غير زيادة سوى كان من جنس المتعدي منه أو من غير جنسه وقد رجح الشارح قول أهل الاطلاق والرجوع الى الحاكم عند تعذر الاستيفاء لا بالزامه وهنا مذهب رابع للامام يحيى وهو جوازه من الجنس ثم من غيره ان تعذر ديناً لا شرعاً واختار المنار ذلك اعني تقديم الجنس ثم غيره لتعذره ، قلت وكلامهم كله هكذا مطلقاً في الاستيفاء ، اما الجنس فالقياس جوازه مطلقاً عند الكل من جنس وغيره قلت : المذهب الخامس لابن حزم واخترناه في سبل السلام انه يجب عليه ان يأخذ بقدر حقه سواء كان في نوع ما هو له أو من غيره ويبيعه ويستوفي حقه فان فضل على ما هو له رده له أو لورثته وان نقص بقي في ذمة من عنده الحق له فان لم يفعل ذلك فهو عاص لله تعالى الا ان يحله ويريه فهو مأجور واستدل

ما عوقبتم به) (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم) قال المؤ يد وأبو حنيفة ظاهرة في المثل وهو الجنس قالوا المثل بمعنى غير الزايد لا بمعنى الجنس قلنا تذهب فائدة نصب الحاكم ، قالوا ممنوع اذ يرجع اليه اذا تعذر الاستيفاء بغير الزامه ، قال المصنف حديث«لا تخن من خانك» قالوا الخيانة الأخذ من الأمانة فغايته تخصيص الأمانة بعدم الاستيفاء منها فتبقى الآيات معمولاً بها في غيرها ولأن الخيانة انما تطلق على الخديعة وليس بالمدعى واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عن قبض الأجير لما استؤجر على اصلاحه حتى يستوفي الأجرة وعن قبض البائع المبيع حتى يستوفي الثمن فانه جائز اتفاقاً لأن حقهما تعلق بما في أيديهما بخصوصه ﴿ **وكل دينين** ﴾ ثبت أحدهما على أحد الغريمين والآخر على الآخر و ﴿ **استويا في الجنس والصفة** ﴾ وجب الحكم بانهما قد ﴿ **تساقطا** ﴾ لعدم الفائدة مع سقوط مشقة التراجع خلافاً للناصر قلنا عبث لا يجوز الا اذا حصلت به فائدة كأن يكون أحدهما معجلاً والآخر مؤجلاً ﴿ **والفلوس كالنقدين** ﴾ في تساقطها عند التساوي وصحة قرضها لامكان ضبطها بالوزن لا في كونها مثلية كالنقدين خلافاً للشافعي وأبي يوسف ومحمد ، لنا عدم تساويها في الأغلب كالنقدين ، قالوا تفاوت مغتفر كالحبوب .

﴿ فصل ﴾

﴿ ويجب رد القرض والرهن والغصب والمستأجر والمستعار والحق المؤجل والمعجل ﴾ اللازم بعقد ﴿ والكفالة بالوجه الى موضع الابتداء ﴾ أي الموضع الذي وقع فيه القبض للمردود أو مقابله ومناط هذا الرد في كل ما ذكر اثري[1] ونظري اما الأثري فحديث « على اليد ما اخذت حتى تؤ دي » أحمد والأربعة وابن ماجة من حديث الحسن عن

= بالآيتين وبقوله تعالى (ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل) قلت ويدل له حديث «انصر اخاك ظالماً أو مظلوماً » فان الأمر ظاهر في الايجاب باخراجه عن الظلم وذلك بأخذ ما هو عنده لغيره وهو متمرد عن ايفاء الغير عما هو له .

فصل ويجب رد القرض الخ

(١) قوله : ـ أثري ونظري ، أقول اما الأثري فانه لم يقم دليل الا في العارية على ما سيصرح به وسائر ما ذكر معها انما اقاسه عليها فدليله نظري لا غير كما يأتي له فقوله في كل ما ذكر غير صحيح وكأنه يريد على ما قاله أهل المذهب .

سمرة وسماعه منه مختلف[١] فيه ، قال قتادة ونسي الحسن فقال هو امينك لا ضمان عليه يعني العارية ، وحديث أبي أمامة مرفوعاً عند أحمد واصحاب السنن الا النسائي بلفظ العارية مؤ داه والدين مقضي والزعيم غارم صححه ابن حبان وضعفه ابن جرير باسمعيل بن عياش لكن اخطا لأنه من حديث اهل حمص واسماعيل حجة في الشاميين .

قلت : ـ والحديثان لا يدلان على المطلوب اعني ايصال ما أخذته اليد بالنقل الى موضع الأخذ لأن التأدية عبارة عن التسليم لقوله تعالى في الأمانة «فليؤدّ الذي أؤتمن أمانته» ، ولا يجب ارجاعها الى موضع قبضها اتفاقا والفقهاء[٢] يغلطون فيروون الحديث بلفظ حتى ترد والعارية مردودة ولا أصل لهما بهذين اللفظين ، واما النظري فمبني على قياس غير العارية على معنى الغلط الذي وقع في لفظ حديثها على انه لو سلم ان المراد بالتأدية الايصال ، فحديث أبي أمامة ظاهر في الفرق بينها وبين الدين والكفالة فانه خصصها بالتأدية دونهما .

وحاصل ما اعتل به المصنف في الغيث ان الحقوق كلها وان وجب التخلص منها بما امكن فلا يتعلق بالمكان في بعضها غرض لمن له الحق بخلاف ما لزم بالعقود فان مكان العقد مما[٣] يعتاد تعلق الغرض بالقبض والاقباض فيه وهو تخيل مضمحل لأن العقود كثيراً ما تقع في

---

(١) **قوله : ـ مختلف فيه** ، اقول : قد صحح سماعه منه الترمذي وابن المديني والبخاري ، وغايته ان لم يصح فمرسل تابعي وهو مقبول وادعى على قبوله الاجماع ، وتدليس الحسن لا يقدح كما عرف ونسيان الحسن لا ضير فيه ، وفتواه بخلافه على ان فيه تأملاً ، اذ الحديث في تأدية العين المعارة والفتوى في ضمانها اذا تلفت .

(٢) **قوله : ـ والفقهاء يغلطون** ، اقول : منهم المصنف فانه رواه كذلك ولا يخفى انه لو كان لفظ الحديث حتى ترد ما دل على الايصال الى موضع الأخذ فقول الشارح فيما سيأتي مبني على الغلط يوهم انه لو كان الحديث بلفظ الرد لكان دليلاً لمدعاهم وليس كذلك . تم ولله جزيل الحمد وله المنّة .

(٣) **قوله : ـ مما يعتاد تعلق الغرض الخ** ، اقول : هو نقل لكلام المصنف بالمعنى ولفظه بعد ايراد سؤ ال لمَ كان ما وجب بالعقد يرد الى موضع الابتداء بخلاف ما وجب بجنايته مثلاً ؟ قلت : ان موضع الجناية في غالب الأحوال لا يتعلق به غرض يقتضي تسليم الدين اليه وان تعلق به غرض في بعض الأحوال فذلك ، لأمر طار نادر والأمور النادرة لا يكاد ينبني عليها شيء من الأحكام بخلاف موضع بيع وشراء وقرض فانها في غالب الأحوال يتعلق بها الأغراض ، اعني في الرد اليها لأنها في الغالب اما وطن اوفى حكم الوطن من موضع تجارة او نحوه ، فافترق الحال بين موضع الجناية وموضع العقود كما ترى ، والشارح الم بمعناه الا انه حذف قيد الأغلبية الا ان امره سهل لولا ان الشارح قد تدرج

موضع لا يتعلق بالرد اليه غرض كما يقع في الأسفار والبحار وغير ذلك ولو لاحظنا غرض من له الحق لما وفا من عليه الحق ولا لزمناه غير ما يجب عليه لأنه[١] لا يجب عليه الا التأدية المطلقة واشتراط[٢] الأمكنة طردي كالأزمنة وإلا لوجب ان لا يرد ثمن ما اشترى ليلاً الا ليلاً ولا نهاراً الا نهاراً والمعلوم خلاف ذلك ولهذا احترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو سلم المكفول بوجهه الى موضع يمكن الاستيفاء فيه غير موضع التكفيل فانه يبرىء بذلك التسليم وبالجملة اشتراط الرد لما تقدم الى موضع القبض لا دليل عليه ﴿**لا**﴾ تسليم ﴿ **المعيب والوديعة والمستأجر عليه وكل دين لم يلزم بعقد والقصاص فحيث امكن** ﴾ امر لا برهان عليه ولا يركن عاقل فضلاً عن عالم اليه ﴿**و**﴾ لأنه اذا كان ﴿ **يجب قبض كل معجل** ﴾ وان كان معقوداً على الأجل تحصيلاً لبراءة ذمة من هو عليه مع كون الأجل مشروطاً في العقد وجزاء من العوض لاحقاً به كما تقدم للمصنف فما ظنك بوجوب القبض في مكان لم يشترط التسليم فيه ثم وجوب قبض المؤجل استدل له المصنف بما اخرجه[٣] البيهقي من حديث انس ابن سيرين عن أبيه وعلقه البخاري قال كاتبني أنس على عشرين الف درهم فكنت في من فتح تستر فاشتريت رقة فربحت فيها فأتيت أنساً بكتابي فلم يقبلها فأتيت بالمال عمر رضي الله عنه فأخذه ووضعه في

= بحذفها الى ذكر ما بيع في الأسفار والبحار مع انه عند المصنف من المغلوب لا حكم له ولا نقض به وان قال الشارح كثيراً فهو غير مسلم ان أراد الأغلبية فهذا الفرق الذي ذكره المصنف لا ينبني عليه حكم شرعي .

(١) **قوله** : ـ لأنه لا يجب عليه الا التأدية ، اقول : هذا محل النزاع .

(٢) **قوله** : ـ ان اشتراط الأمكنة طردي ، محل تأمل لاعتبارها في الحج والعمرة وفي أفضلية صلاة الفريضة في المسجد والنهي للتحريم وحقيقة الطردي هو ما لا يعتبره الشارع في حال من الأحوال ، واما ذكره الزمان والليل والنهار فيما ذكر هنا على انهما ليس من الطردي .

(٣) **قوله** : ـ بما اخرجه البيهقي ، أقول : انما استدل المصنف بما في الانتصار ان امرأة كاتبت عبداً بثلاثين الف درهم منجمة فأتى العبد بالمال صبة واحدة فأبت المرأة ان تقبض المال الا في النجوم التي اشترطتها فجاء العبد الى عمر فقال هات المال فصبه العبد كاملاً فوضعه عمر في بيت المال وأطلق العبد من الرق وأرسل الى المرأة ان مالها قد صار في بيت المال فتأخذه اي وقت هكذا اشار الى الدليل في البحر حيث قال الزام عمر امرأة كاتبت عبداً قبول تعجيل العبد قبل النجوم المضروبة ولم يخالفه احد فما كان للشارح العدول عن دليله وكأنه عدل عنه الى ما ذكره لكونه قد اخرج في كتب الحديث بخلاف رواية الانتصار مع اتحاد المعنى .

بيت مال المسلمين ، قال المصنف ولم ينكر على عمر وفيه نظر[١] ، وأما توهم كون الحق في رد المعيب وتعجيل المؤجل حقاً للراد فقط فوهم لأن المعيب مبيع وحق البائع فيه بلوغ موضع العقد فان كان حق المشتري وجوب قبضه على البائع فلا تنافي بين الحقين بل يجب الجمع بينهما ، وكذا قد يكون الأجل غرضاً للبائع دون المشتري كما سيأتي فلا يجب عليه مخالفة غرضه ثم قبض المعجل وان وجب فلا يجب الا قبض معجل ﴿ **مساوٍ** ﴾ للمستحق ﴿ **أو زائد** ﴾ عليه ﴿ **في الصفة** ﴾ لا في القدر فلا يجب لما فيه من تحمل المنة لكن لا يخفى ان العلة[٢] موجودة في زائد الصفة كما رد صلى الله عليه وآله وسلم بازلاً في بكر وربما تعذر بأنها منه في مقابلة منة القرض فيسقط وهو مشترك فيلزم بطلان العلة في منع اخذ زائد القدر فاذا كان لمن تحمل المنة رفعها عن نفسه وجب قبول الزيادة في القضاء مقداراً كانت أو صفة لتبرأ الذمة وتسقط المنة ﴿**لا**﴾ انه يجب قبض المعجل ﴿ **مع خوف ضرر** ﴾ يفوت غرض ﴿**أو**﴾ لحوق ﴿ **غرامة** ﴾ يحتاجها الى حلول الأجل ﴿ **ويصح** ﴾[٣] التعجيل ﴿ **بشرط حط البعض** ﴾ خلافاً لأبي طالب وأبي حنيفة ومحمد لنا انه يلحق بالعقد الزيادة والنقص المعلومان كما تقدم قالوا حط في مقابلة المدة فأشبه الزيادة لأجلها وهي ربو قلنا الربو الزيادة لا النقص .

---

(١) **قوله** : ـ وفي نظر ، أقول : لأنه ليس باجماع غايته انه سكوتي وليس بدليل كما عرف في الأصول .

(٢) **قوله** : ـ ان العلة موجودة في زايد الصفة ، أقول : قد سبقه الى هذا الامام يحيى كما في البحر في باب السلم فقال المنة في الصفة كالمنة في العين وأقره المصنف هنالك ولك ان يقول خص الصفة قضاؤه صلى الله عليه وآله وسلم في البكر بازلاً .

(٣) **قوله** : ويصح بشرط حط البعض ، اقول : اما التعجيل بشرط الحط تنازع فيه ابن حزم وقال انه شرط باطل ليس في كتاب الله وكل شرط كذلك باطل ، قال فلو عجل الذي عليه الحق بعض ما عليه بغير شرط ورغب صاحب الحق ان يضع عنه الباقي صح وكل منهما مأجور لأنه ليس هنا شرط اصلاً .
قلت : وبوب الحافظ البيهقي للجواز بقوله باب من عجل له أدنا من حقه قبل محله فقبله ووضع عنه طيبة به انفسهما واستدل له بحديث «من أحب أن يظله الله في ظله فلينظر معسراً ويضع عنه» وقال كان ابن عباس لا يرى بأساً بأن يقول اعجل لك وتضع عني ، قال وقد ورد في حديث في سنده ضعف عن ابن عباس قال لما أمر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم باخراج بني النضير من المدينة قالوا يا رسول الله انك امرت باخراجهم ولهم على الناس ديون لم تحل فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم « ضعوا وتعجلوا أوقات وتعاجلوا » ثم عقد البيهقي بأبا العدم جواز ذلك مع الشرط وقال باب لا يجوز أن

﴿ فصــل ﴾

﴿ ويتضيق ردا الغضب ونحوه ﴾ ما قبض من صغير أو محجور عليه ﴿ قبـل المراضاة ﴾ للمالك وان لم يجدد[١] طلباً للغاصب أما لو حصل[٢] منه رضا ببقاء الغصب في يد الغاصب بتمليك او غيره فلا نزاع في عدم التضيق ﴿و﴾ اما ﴿ الـدين ﴾ فانمـا[٣] يتضيق

= يعجله بشرط أن يضع عنه وساق أدلة عن السلف وحديثاً مرفوعاً لفظه بعد سياقه بسنده عن المقداد انه قال اسلفت رجلاً مائة دينار فخرج سهمي في بعث بعثه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقلت له عجل تسعين ديناراً . وأحط لك عشرة دنانير فقال نعم فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال أكلت الربا يا مقداد وأطعمته . قلت : وجعل هذه الصورة من الشرط ظاهر في ذلك ، فائدة قال ابن حزم في المحلي مسألة فان كان القرض الى أجل ففرض عليهما أن يكتباه ويشهدا عليه عدلين فصاعداً أو رجلاً وامرأتين فان كانا في سفر ولم يجدا كاتباً فان شاء الذي له الدين ان يرتهن فله ذلك وليس يلزمه شيء من ذلك في الدين الحال لا في السفر ولا في الحضر برهان ذلك قول الله عز وجل (يا أيها الذين آمنوااذاتداينتم بدين الى أجل مسمى) وساق الآية الى آخرها ثم قال وليس في أمر الله تعالى الا الطاعة ومن قال انه ندب فقد قال الباطل ولا يجوز أن يقول الله فاكتبوه فيقول القائل لا اكتب ان شئت ويقول الله فاشهدوا ويقول لا أشهد ولا يجوز نقل أوامر الله تعالى عن الوجوب الى الندب الا بنص آخر ولضرورة حس وهو قول أبي سليمان وطائفة من اصحابنا وطائفة من السلف . قلت : والظاهر ما قاله وكان أقل الأحوال على المفرعين انهم يذكرون ان ذلك يندب حيث قام دليل على عدم الوجوب .

فصل ويتضيق رد الغضب .

(١) قوله : ـ وان لم يجدد طلب للغاصب ، اقول : الأولى حذف هذا وإبداله بأن يقول وان لم يكن المغصوب عليه عالماً بالغصب فانه يتضيق ارجاعه حتماً وعبارته قضت بأنه يكون المغصوب عليه عالماً وبأنه قد طلب العين من الغاصب لكنه ما جدد الطلب ولا يخفى فساد ذلك .

(٢) قوله : ـ أما لو حصل منه أي مالك العين المغصوبة رضا ببقاء الغصب ، اقول بعد الرضا لا يبقا غاصباً ، فهذا كالاستثناء المنقطع .

(٣) قوله : ـ فانما يتضيق بالطلب ، اقول قالوا ينبغي أن يكون في غير المؤجل واما فيه فيتضيق ببلوغ الأجل لأن بقاءه بعد حلول الأجل عنده لا يحل الا باذن غريمه .

﴿ **بالطلب فيستحل من مطل** ﴾ أي يطلب[١] البرامن الممطول ﴿ **وفي** ﴾ **الاثم بمطل حق الله** ﴾ كالزكاة والكفارة ونحوها ﴿ **الخلاف** ﴾ في ان الوجوب المطلق على الفور او على التراخي ومحلها[٢] الأصول ﴿ **ويصح في الدين قبل القبض** ﴾ لا حاجة[٣] الى هذا القيد لأن الدين لا يكون الا غير مقبوض ويصح فيه ﴿ **كل تصرف الا رهنه** ﴾ فلا يصح سواء كان ممن هو عليه او غيره لأن شرط الرهن التعيين والقبض ولا يوجدان في الدين ﴿ **ووقفه** ﴾ لأنه تحبيس الرقبة المعينة ولا تعيين ﴿ **وجعله زكاة أو رأس مال سلم أو مضاربة** ﴾ لأن شرط الزكاة التمليك الحقيقي وتمليك الدين اسقاط كما تقدم واما السلم فلأنه يصير من بيع الكالي بالكالي وقد تقدم منعه ، واما المضاربة فسيأتي اشتراط عقدها على مال حاضر الا انه قد تقدم ان ما في الذمة كالحاضر وسيأتي انها تصح على ما في حكم الحاضر ﴿**و**﴾ كذا لا يصح ﴿ **تمليكه غير الضامن** ﴾ له غريماً أو كفيلا لأن تمليك المعدوم لا يصح وانما يصح تمليك الضامن لأن ما في[٤] ذمته كالحاضر ، هذا اذا كان التمليك ﴿ **بغير وصية او نذر أو إقرار أو حوالة** ﴾ اما لو كان بأحد هذه الوجوه صح الى الضامن وغيره لأن هذه تقبل الجهالة كما سيأتي ان شاء الله تعالى .

---

(١) قوله : ـ يطلب البراء قال المصنف فان قلت فلو امتنع الغريم من الاحلال ما يكون الحكم ، قلت متى اعتذر المطال فقد سقط عنه إثم المطل لأنه من باب الا ساأت التي لا ارش فيها في المال بل تسقط بالاعتذار والندم وان لم يسقطها من اعتذر اليه وقوله من المطوول ومن المغصوب عليه يكون غصباً .

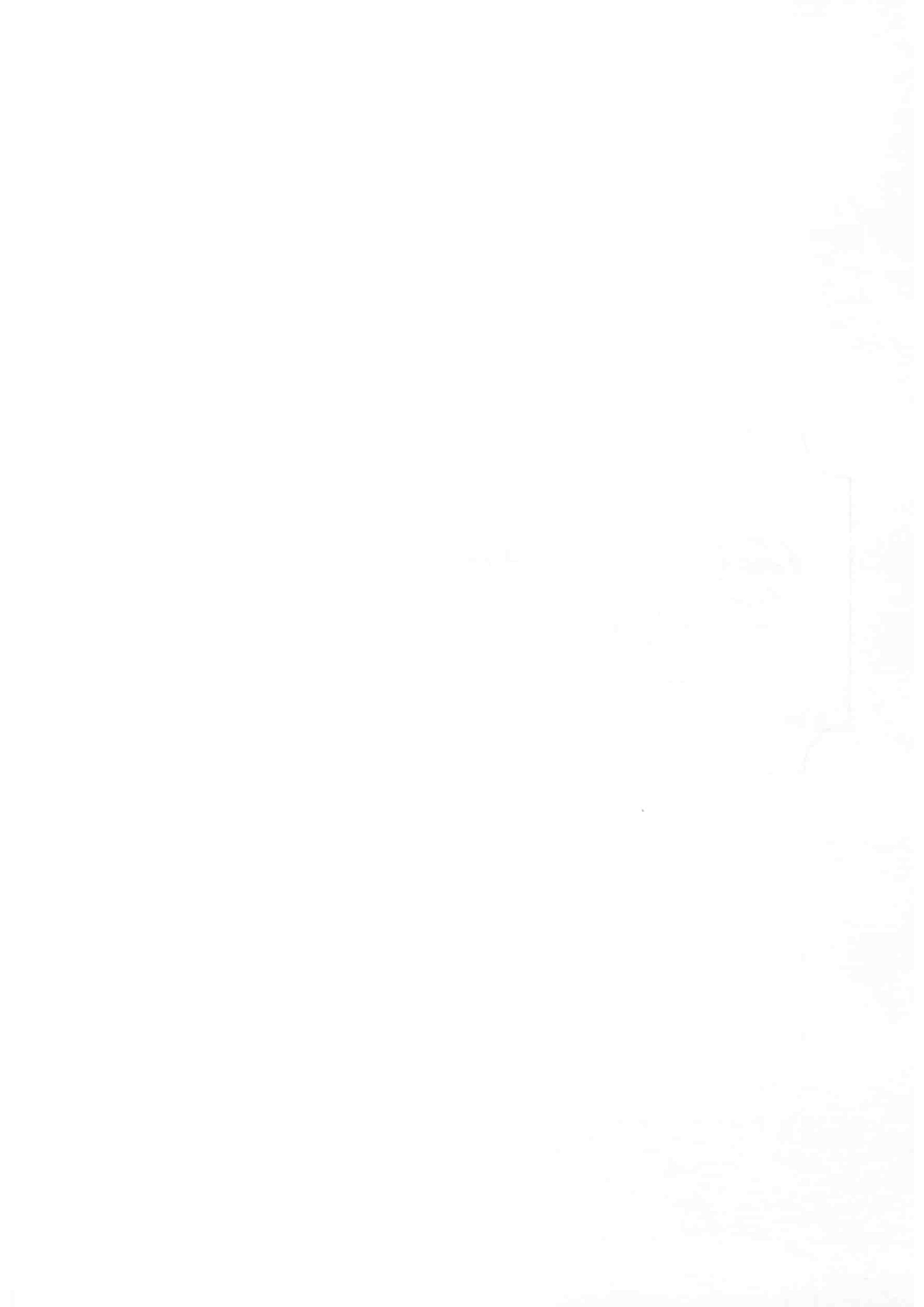
(٤) قوله : ـ ومحلها الأصول ، اقول الذي يقوى في الأصول الفورية في الواجبات المطلقة لا الموقتة فتتضيق بحلول وقتها حتى لا يبقى منه بقية يسعها في الوقت الموسع .

(٣) قوله : ـ لا حاجة الى هذا القيد ، اقول : قد حذفها الأثمار قال شارحه لأنها لا تظهر له فائدة اذ لا يسمى ديناً الا قبل قبضه .

(٤) قوله : ـ لأن ما في الذمة كالحاضر ، اقول يأتي البحث فيه قريباً .



باب الصرف



﴿ **الصرف هو بيع مخصوص** ﴾ **بالذهب والفضة** ﴿ **يعتبر فيه**[١] **لفظه أو أي ألفاظ البيع** ﴾ لأن اسم الأعم يطلق على الأخص ﴿**و**﴾ يعتبر ﴿ **في متفقي الجنس والتقدير** ﴾ لا حاجة الى ذكر التقدير هنا لأن[٢] الكلام في متفقيه وانما يحتاج الى ذكره في ﴿ **ما مر** ﴾ لأنه كلام في الربويات كلها ثم لا وجه لتخصيص متفقيهما باعتبار ما مر بل اعتبار ما مر في مختلفي احدهما ثابت هنا ايضاً أعني جواز[٣] التفاضل لا النساء ﴿ **الا** ﴾ انه لا يعتبر في الصرف ﴿ **الملك** ﴾ لأحد البدلين ﴿ **حال العقد** ﴾ فيصح صرف غصب أو معدوم حال

---

(١) **باب الصرف قال** : يعتبر فيه لفظه أو أي ألفاظ البيع ، أقول : هذا أحد شروطه والشارح اهمل الاستدلال وذكر الخلاف فيه فانه خالف المؤ يد قائلاً انه يعتبر فيه لفظ الصرف لا غير وقد استدل له المصنف في البحر في ضمن الرد على المؤ يد فقال عقد معاوضة فجاز بغير لفظه كالبيع وقول ابن عمر فيأخذ عوض الدنانير دراهم بلفظ الأخذ الا انه قال عليه المنار هذا ان صح الاحتجاج به على عدم لزوم الصرف صح الاحتجاج به على عدم لزوم الفاظ البيع كلها لأنه لم يرد في الحديث ولْتعقد الصرف بلفظ الأخذ بل اكتفى بالأمر بالأخذ وسكت عن العقد . قلت : وحديث ابن عمر ليس فيه الا اخباره انه يبيع الابل بالدنانير ويأخذ الدراهم ، ويبيع بالدراهم ويأخذ الدنانير هذا لفظه في الجامع وله ألفاظ ولا تعرض فيه للفظ والمصطفى صلى الله عليه وآله وسلم لم يجب عليه الا بشرطين لا يفترقا وبينهما شيء ويظهر انه من باب القضاء بما في الذمة وانه لا يشترط المجلس لا انه من باب البيع ولا باب الصرف.

(٢) **قوله** : ـ لأن الكلام في متفقيه ، اقول : حقيقة الصرف بيع الذهب أو الفضة بذهب أو فضة كما في البحر ولا يكونان الا متفقي التقدير الا انه لا يخفى انه لا يعرف الا من التشريع وهذا الكتاب موضوع لبيانه .

(٣) **قوله** : ـ أعني جواز التفاضل لا النساء ، أقول : ظاهره انه تفسير لقوله ما مر وفسره المصنف بقوله من الشروط في الربويات وهي الملك والحلول وتيقن التساوي حال العقد والتقابض في المجلس وان طال أو انتقل البيعان كما مر انتهى . نعم هذا الاعتبار لا يختص به ولا يختلفان فيه اصلاً فانه مر في البحران المماثلة تعرف فيهما ما لوزن اجماعاً فمراد الشارح احدهما هو الجنس وقد عد في الأثمار والفتح لفظي الجنس والتقدير متفقا الجنس والتقدير بل هو شرط مع اختلاف الجنس كالذهب والفضة وعكسه اما التقدير بالكلية لأنه قد عرف ان الصرف انما هو اسم لبيع الذهب والفضة بالآخر وعكسه فتقديرهما ليس الا بالوزن اذ لا تعرف المماثلة فيهما بغيره وفيه ما سلف ، واما الجنس فلا حكم لاختلافه ، وبه تعرف عدم مطابقة تفسير الشارح لما مر ، وان كان ما قاله صحيحاً الا انه غير مراد هنا ، وشارح الأثمار ما وفي هذا المقام حقه خلاف عادته .

الصرف ثم يحصل ملكهما وحضورهما قبل انقضاء المجلس خلافاً للناصر والثوري وبعض الفقهاء ، لنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم لابن عمر حين قال«اني أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم لا بأس اذا لم تفترقا وبينكما شيء تقدم» قالوا مخالف للأصول لأنه من بيع ما لا يضمن ولا يقبض ولو سلم فلأن ما في الذمة كالحاضر المقبوض والا لم يكن لاعتبار الملك في الربويات وعدم اعتباره في الصرف وجه فرق اذا لكل بيع والحق ما قدمناه لك من ان منع ابن عمر من ان يفترقا وبينهما شيء انما كان لأنهما اذا تراضيا على ابدال الجنس بغير جنسه وتفرقا قبل البدل صار من[1] بيع الكالي بالكالي ﴿ **فان اختل احدهما** ﴾ إما الحلول[2] أو تيقن التساوي أو التقابض في المجلس ﴿ **بطل** ﴾ الصرف ان لم تطرح الزيادة اتفاقاً وان طرحت صح عند ابي حنيفة ، لنا عقد واحد فلا يتبعض بطلانه ، قالوا يأباه قولكم ﴿ **أو حصته** ﴾ كما لو اختل احدهما في بعض ما وقع فيه التصارف بأن لا يقع التقابض في كل ما شمله العقد بل في بعضه ولا يساوي ذلك البعض ما قابله بأن يكون في بعض البدلين ما هو رديء عين دون الآخر فانكم لا تبطلون العقد فيلزمكم[3] قول مالك والشافعي انه يبطل في الجميع اذ العقد واحد لا يتبعض ، واذا بطل عقد الصرف ﴿ **فيترادان ما لم[4] يخرج عن اليد وإلا** ﴾ أي وان كان قد خرج

---

(١) **قوله** : ـ صار من بيع الكالي بالكالي ، اقول : وهو منهي عنه هذا قريب ما لم نقل انما في الذمة كالحاضر وفي البحر عن العترة جواز صرف ما في الذمة ، ويأتي قريباً .

(٢) **قوله** : ـ اما الحلول الخ ، اقول : هذا الثلاثة هي التي أريدت بما مر فيما مرّ وقد رجع الشارح هنا الى الصواب وهذه شروط كلها مع اتحاد الجنس لا مع اختلافه فانه يجوز التفاضل ولا يشترط تيقن التساوي .

(٣) **قوله** : ـ فيلزمكم قول مالك والشافعي ، اقول : قد أشار المصنف الى هذا وأجاب عنه حيث قال فان قلت هلا بطل جميعه لأنه في التحقيق صرف خمسة بأربعة ومن صرف خمسة بأربعة كان العقد كله باطلاً ، قلت الفرق بينهما انه هنا قد وقع العقد على وجه الصحة وذلك انه صرف خمسة بخمسة وهذا صرف صحيح ولو كانت الخمسة معدومة او بعضها والزائف في حكم المعدوم بخلاف صرف الخمسة بأربعة فالعقد غير صحيح من أصله وقد عرفت عدم صحة قول الشارح آنفاً ، قالوا يأباه قولكم الخ .

(٤) **قال** : ـ ما لم يخرج ، أقول : ولا يمكن استفداؤه كما يدل له قوله ما لم تستهلك والخروج عن اليد لا يكفي وفي الفتح ويترادان فيستفدي ما خرج من اليد ، والمنار ردد الخروج بين الاحتمالين ، واعلم ان هنا جعل الخروج مسوغا لابداله بمثله وفي الغصب اشترط لتسويغه خروجه عن الملك ، قالوا لأنه

احدهما او كلاهما عن اليد ﴿ **فالمثل** ﴾ هو الواجب رده اذا كان التعاوض في النقدين المضروبين ﴿ **أو** ﴾ رد ﴿ **العين في غيرهما** ﴾ من تبر أو حلى أو سبائك بناء على انه يصير باختلال شرط غصباً يجب رده بعينه ﴿ **ما لم تستهلك** ﴾ بذهاب العين بالأصالة بأن خلطت[١] بغيرها وقد عرفت فيما مضى ان الحق انه فاسد يملك بالقبض كما اختاره المصنف ، واما على قول أبي طالب انه باطل فالفرق بين النقد وغيره عنده ان النقد[٢] لا يتعين في العقود فاذا خرج عن اليد كان خروجه استهلاكاً له لضعف تعينه وكل ذلك وقوف مع المشية لا مع علة شرعية ﴿ **فان أراد تصحيحه** ﴾ أي تصحيح الباطل ﴿ **ترادّا الزيادة وجددا العقد** ﴾ وقال أبو حنيفة لا يحتاج الى تجديد عقد بل يكفي طرح الزيادة وقد تقدم ويجب تجديد العقد وان كانت العين قد تلفت لأنها في الذمة ﴿ **وما**[٣] **في الذمة كالحاضر** ﴾ لكن هذا انما يتمشى مع عدم[٤] تلف البدلين معاً والا عاد من بيع الكالي بالكالي .

= هنا مقبوض برضا مالكه بخلاف الغصب ذكر ذلك شارح الفتح عن مؤلف الأثمار ويأتي تحقيقه ان شاء الله تعالى .

(١) **قوله** : ـ بأن خلطت بغيرها، أقول : اشارة الى سؤال وجواب اورده المصنف حيث قال فان قلت فكيف يصح استهلاك السبيكة وهي ان صنعت حلية أو خلطت بغيرها فهي غير مستهلكة ؟ قلت مهما أمكن ردها بعينها فليست بسبيكة، اما لو خلطت بأن سبكت مع غيرها فلا اشكال هنا انه متعذر ردها بعينها اذ لا تتميز لاختلاط اجزائها باجزاء مال الغير فلا يجب الاستفداء حـ ولا يجب الا حيث يمكن ردها بعينها وهذا هنا غير ممكن فهي في حكم المستهلكة وان لم يكن هذا الخلط يوجب الملك للخالط لكونه خلط مثلي بمثلي لكنه لا يوجب الرد للعين هنا للتعذر .

(٢) **قوله** : ـ ان النقد لا يتعين ، اقول : اختار المنار تعينه والمصنف وعد بتحقيقه الى الغصب فيأتي الكلام عليه ان شاء الله تعالى .

(٣) **قوله** : ـ وما في الذمة كالحاضر ، أقول : وسوى كان البدلان معاً في الذمة أو أحدهما حاضر والآخر في الذمة فالصرف يصح في الصورتين .

(٤) **قوله** : ـ مع عدم تلف البدلين معاً ، اقول : لم يقيد المصنف هذا في البحر بما ذكره بل فيه العترة وابو حنيفة واصحابه وأحد قولي الشافعي وعن مالك يصح صرف ما في الذمة بما في الذمة اتفق الجنس ام اختلف ، وما في الذمة كالمقبوض بدليل صحة التصرف الى من هو اليه وأحد قولي الشافعي وعن مالك لا اذ هو بيع كالي بكالي قد نهى عنه واجاب عنه المصنف ان المراد بذلك بيع النساء بالنساء كبيع طعام معدوم بدين وفي نهاية المجتهد ، واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير وللآخر

فصل (١)

﴿ واذا انكشف في أحد النقدين ردي عين ﴾ لانه أنكشف نحاساً أو رصاصاً

= عليه دراهم هل يجوز ان يصرفاها وهي في الذمة ؟ فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلى معاً وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وغير الحال وقال الشافعي والليث لا يجوز حلا ام لم يحلا وحجة من لم يجزه انه قد نهى عن بيع غائب بناجز واذا لم يجز غائب بناجز كان احران لا يجوز غائب بغائب ، واما مالك فأقام حلول الأحلين مقام الناجز بالناجز ، وانما اشترط ان يكونا حالين لئلا يكون من بيع الدين بالدين . وكما قد صحح صرف ما في الذمة لما في الذمة يصح ايضاً صرف ما في الذمة بحاضر الا ان يكون ثمن صرف أو سلم اذ لا يتصرف بهما قبل قبضهما بحال واعلم ان دليلهم على ان ما في الذمة كالحاضر حديث ابن عمر قال المصنف في الغيث حجتنا حديث ابن عمر وهو انه قال يا رسول الله اني أبيع بالذهب وآخذ الدراهم بالدنانير والدنانير بالدراهم فقال لا بأس اذا لم تفترقا وبينكما شيء فدل على ان ما في الذمة كالحاضر وعلى ان التفرق هو المبطل دون القيام من المجلس . وبهذا الحديث رد المصنف على مالك اشتراط حلول الدين في جواز صرف ما في الذمة بحاضر او بما في الذمة ، قال المصنف انه يسلم لمالك ذلك الشرط وان لم يحل الأجل في المجلسين وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم لا بأس الا انه أورد على المصنف المنار ان حديث ابن عمر فيه بعض البدلين حاضر والآخر في الذمة وفي هذه الجملة ليس شيء من البدلين بحاضر ولا في الذمة ، قلت : كأنه يرى ان الدين قبل حلوله ليس في الذمة فينظر . واعلم انه قد عورض حديث ابن عمر بحديث ابي سعيد وغيره لا تبيعوا منها ناجزاً بغائب وهذى الحديث ذكره في النهاية ولم ينسبه لأحد وهو متفق عليه من حديث أبي سعيد اذ قبله لا تبيعوا الذهب بالذهب ويمكن الجمع بين الحدثين بأن ما في الذمة ليس بغائب . واعلم أنهم لم يجعلوا ما في الذمة كالحاضر من كل وجه كما عرفت في الفصل الذي قبل باب الصرف بل تارة يجعلونه كذاك وتارة يمنعونه فليحرر البحث ان شاء الله تعالى .

(١) فصل ومتى انكشف في أحد النقدين الخ ، أقول : في نهاية المجتهد واختلف العلماء فيمن أصطرف دراهم بدنانير ، ثم وجد فيها درهماً زايفاً فأراد رده ، قال مالك ينتقض الصرف وان كانت دنانير كثيرة انتقص فيها دينار بدرهم فما فوقه الى صرف دينار ، وان زاد درهم على درهم انتقص منه دينار آخر ، وكذا قال فان رضي بالدرهم الزايف لم ينتقص من الصرف شيء ، وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزايف ويجوز تبديله الا ان يكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر فان ردها يبطل الصرف في المردودة ، والحاصل ان في المسألة أربعة أقوال ، بطلان الصرف مطلقاً عند الرد ، وقول بأثبات الصرف ووجوب البدل ، وقول بالفرق بين القليل والكثير ، وقول بالتخيير بين بدل الزايف أو يكون شريكاً له ، وسبب الخلاف في هذه المسألة هل العلية مؤثرة على التأخير أو غير مؤثره ، فان كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل والكثير . وأنما نقلناه لجمعه الاقوال وذكر منشأ الخلاف والمراد بالتأخير التأخير من مجلس الصرف .

﴿ **أو** ﴾ ردي ﴿ **جنس** ﴾ لان فضته أو ذهبه انكشفت فيه قسوة أو نحو ذلك من عيوب الجوهرين ﴿ **بطل** ﴾ من الصرف ﴿ **بقدره** ﴾ وهذا تكرير لقوله أو حصته ، وكأنه اعاده ليرتب عليه الاستثناء بقوله ﴿ **الا ان يبدل الاول** ﴾ وهو ردي العين ﴿ **في مجلس الصرف فقط** ﴾ تشبيهاً له بالغايب عن مجلس العقد ﴿ **و** ﴾ أما ﴿ **الثاني** ﴾ وهو ردي الجنس فانه يبطل الصرف اذا ابدل ﴿ **فيه** ﴾ أي في مجلس الصرف ﴿ **مطلقاً** ﴾ سوى علمه حال العقد أو لم يعلمه وسوى شرط رده أو لم يشرطه لانه ليس الا عيباً فمعنى بطلان الصرف فيه ان له رده لابداله فيه ﴿**أو في مجلس**[1] **الرد ان رد ولم يكن قد علمه**﴾ قوله ﴿**فيلزم**﴾ عطف[2]

---

(١) **قال** : أو في مجلس الرد ، أقول : عطف على المجرور في فيه بشرطه أي لا يبطل الصرف ان أبدل في مجلس الصرف أو أبدل في مجلس الرد ، ورد فأنه لا يبطل الصرف بل يجب ابداله مقيداً لزوم الابدال بعدم علم المصارف بردي الجنس عند العقد ، فانه لا يجب ابداله بل يلزمه ردي الجنس ويصح الصرف ، وفي الغيث ان مجلس الرد أول مجلس يتفقان فيه بعد التفرق ، والعلم بالرداءة فاذا رد فيه ردي الجنس لزم ابداله وصح الصرف ، فان لم يبدل بطل بقدره ان تعذر اجباره ولم يرضى خصمه ، كما في الفتح فان رضى صح وقد أشرنا الى ذلك بقولنا ان رد أي فان لم يرد صح الصرف وانما صح هنا الابدال بعد التفرق لانه من باب الرد بالعيب والعقد في أصله صحيح اذ هو فضة بفضة بخلاف ردي العين فانه مختل شرط وهو فقد التقايض ، وانما يلزمه ان رد ولم يكن قد علمه ماذا كان قد علم عند العقد ان في الدراهم ردي جنس لم يكن له الرد بعد ذلك فيلزم أي الردي ويصح الصرف كالرضا بعيب العين المشتراة بعد العلم بعيبها فانه يلزمه كذلك يلزم الردي لتقدم العلم به ، ثم قال المصنف وحاصل المسألة انه لا يخلو إما ان يكون يجد فيها ردياً أو لا ان لم يجد صح وذلك ظاهر ، وأما ان وجد فيها ردياً فاما ان يبدله في المجلس أو لا ، ان أبدله صح مطلقاً سواء كان ردي عين أو ردي جنس كالفضة الردية ان كان ردي عين بطل بقدره لاجل عدم القبض في المجلس والا فعقد الصرف صحيح في أصله ، وان كان ردي جنس فاما ان يقبضه عالماً برداته أو جاهلاً ان كان عالماً كان قبضه رضا بالعيب ، وان كان جاهلاً فاما ان يبدله في مجلس الرد ام لا ، ان ابدله صح الصرف لانهما قد افترقا بعد التقابض وان لم يبدله في مجلس الصرف بطل بقدره . وقد أفاده ما سلف من كلامه الا انا اردنا زيادة الايضاح كما أراده .

(٢) **قوله** : عطف على رد ، أقول : قد عرفت مراده ايضاً وعلى كلام الشارح فالمعنى لا يبطل اذا رده في مجلس الرد فيلزم الابدال وهو في نفسه صحيح الا ان قوله ولم يكن قد علمه حال مفيد لعدم البطلان اللازم منه لزوم الابدال ، وكذلك قوله أو شرط رده فانه عطف على علمه وهو مدخول النفي أي ولم يكن شرط رده وحَ فعدم البطلان ولزوم الرد لا يكون الا مع عدم علم الصارف بالردي وعدم شرط رده

على رد وضمير يلزم للابدال ﴿ **أو شرط** ﴾ عطف على علمه ليكون [١] المعنى انه يلزم الابدال اذا رد ولم يكن قد علم ولا شرط ﴿ **رده فافترقا مجوزاً له** ﴾ أي لردي الجنس ﴿ **أو قاطعاً** ﴾ بوجوده ، وقال المؤيد [٢] بالله لا يلزم الابدال مطلقاً في مجلس الصرف ولا في غيره لان رداة الجنس عيب لا زيادة فاذا أطلع عليه كان له الخيار ﴿ **فيرضى أو يفسخ** ﴾ لا

= ومع جعل فيلزم عطفاً على رد يكون قوله فيرضى أو يفسخ جواب قوله لم يكن قد علمه أو شرط ولا يخفى فساده فان التخيير بين الرضا والفسخ انما يكون مع الشرط وان كان سيأتي للشارح خلاف هذا وننبه عليه ، وأما مع العلم فلا يكون الحكم الا لزوم الردي وصحة التصرف اذا عرفت هذا عرفت ان جعله عطفاً على رد في عبارة المصنف فاسد من جهة انه صرف عن المحتاج اليه وجعله للمستغني عنه ، اما الثاني فان فلان لزوم الابدال قد علم من كونه لم يبطل الصرف مع الرد في مجلس الرد فان عدم الابطال يلزم منه الابدال للردي وأما الاول فانه مع جهله عطفاً على رد يكون المراد ان حكمه اذا كان عالماً الرضا أو الفصخ وهو غير صحيح ، وبه تعرف ان تفسير المصنف يتعين وبأن أهل مكة أدرى بشعابها .

(١) **قوله** : ليكون المعنى انه لا يلزم الابدال اذا رد ولم يكن قد علم ولا شرط ، أقول : لا شك ان المعنى الذي أراده المصنف هو هذا سواء جعل فيلزم عطفاً على رد لولا المانع منه أو على جزا شرط مقدر كما يفهمه تعليل الشارح انه لا يكون كذلك ، الا اذا عطف على رد لكنه لا يخفاك انه يلزم فساد مفهوم حكم القيدين بجعله التراضي أو الفسخ وهو حكم للاخير فقط ، كما عرفت وستعرف ان الشارح قد عطل كلام المصنف عن بيان حكم مفهوم القيدين معاً .

(٢) **قوله** : وقال المؤيد بالله الى قوله لا غير ، أقول : قد جعل التخيير بين الفسخ والرضا بياناً لكلام المؤيد ، وأعرض عن بيان مراد المصنف ، وعن دفع الخلل الوارد على تفسيره لكلام المصنف بأنه قد لزم اهمال حكم مفهوم القيدين على تقدير انه لبيان كلام المؤيد وهو خروج عن مراد المصنف بالكلية وتقديره انه اذا اشترط الصارف رد الردي ففارق الصارف مجوزاً وجود الردي فيما سلمه اليه أو قاطعاً فله الخيار بعد ذلك ، اما ان يرضى الردي أو يفسخ عقد الصرف ، ولفظه اذا شرط رد الردي بطل وجوب الابدال اذا افترقا وهو مجوز لوجود الردي أو قاطعاً بوجوده وسواء علم به عند العقد أم لا لكنه في هذه الصورة لا يلزمه وان علم به لكونه قد شرط رده فيرضى به أو يفسخ بخلاف المسألة الاولى فانه يلزمه اذا علم كما تقدم . وقد أطال البحث في الغيث ، غاية الاطالة ومقصودنا بيان مراد المصنف لما أهمله الشارح وعطل كلامه في بيان المفهومين وجعل ما ذكره المصنف من حكم الشرط بياناً لمراد المؤيد فجعل كلام المصنف على غير ماله أراد وعراه عماله قصد وأفاد .

غير ولا يخفى ان عبارة المصنف في هذا المقام مما يفتقر [١] الى وحي وتنزيل ولهذا أوهم الشارح فجعل ضمير يلزم للردي وفساده يحتاج الى تطويل يغني عنه علم الناظر باساليب التعبير ﴿ **فان كان** ﴾ رداءة الجنس حصلت ﴿ **لتكحيل** ﴾ وأحبًّا تتميم الصرف فيه ﴿ **فصل** ﴾ التكحيل ﴿ **ان أمكن وبطل** ﴾ من الصرف ﴿ **بقدره** ﴾ لكن لا يخفى ان الكلام في رداءة الجنس والفرض ان المكحل ليس بردي جنس وانما الردي هو الكحل وهو ليس بجنس فلا يصح الكلام فيه الا في مسائل الاعتبار فقط كما تقدم ﴿ **والا** ﴾ يمكن فصله كما في المزبق ﴿ **ففي**

---

(١) **قوله** : مما يفتقر الى وحي وتنزيل ، أقول : أي فهم المراد منها يحتاج الى ذلك فمراده انها من علم غيب لا يعلم الا بوحي فهو كناية عن عدم افادتها ما أرده منها قائلها ، وهذه مبالغة كثيراً ما تأتي في عبارات أهل الحدة واعلم انه قد نبه شارح الفتح على ما في عبارة الازهار من الانغلاق حيث قال مبيناً لمفهوم أول مجلس ، ومفهوم جهل المصارف للردي عند العقد لا في غيره أي في غير أول مجلس يتفقان فيه فيخير بين فسخ الردي أو الرضا به ولا رد ولا ابدال هنا لانه من باب الرد بالعيب محضاً والا لو علمه أي الردي حال العقد فيلزم الصرف ويمتنع الرد اذ يصير كما لو آشترى شيئاً عالماً بعيبه فالفا هنا على بابها وظاهرها ، وأما الفا التي في الازهار في قوله ولم يكن قد علم فيلزم ، فهي بمعنى حتى يلزم الصرف ويمتنع الرد ولو كان عالماً لكن لم يعلم فثبت الرد كذلك فهي سببية . فعبارة الازهار على هذا لم تنهض بسببية علمه الى لزوم الصرف وامتناع الرد وهذا صحيح الا ان جعلها عاطفة على جزء الشرط كما بينه في الغيث عند رفوه العبارة اولا وعلى التقديرين فضمير يلزم للصرف اللازم له قبول الردي ولم يقل أحد انه عطف على الرد غير الشارح وقد عرفت فساده بما أسلفناه من التطويل ، وقد وصى شارح الفتح بتحقيق النظر في هذه المسألة وقد أوضحنا لك مرادهم غاية الايضاح وبقي في النفس ان أحاديث مثلاً بمثل يداً بيد سوابسوا وحديث أبي سعيد وأبي هريرة الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعث أخا بني عدى الانصاري رضي الله عنه فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنب فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم«أكل تمر خيبر هكذا قال لا والله يا رسول الله انا نشتري الصاع بالصاعين من الجمع والجمع هو الذي جمع جيداً ورديأ ووسطا فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا تفعلوا ولكن مثلاً بمثل أو تبيعوا هذا وتشتروا بثمنه من هذا«فنها النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الردي بالجيد غير متماثلين وهذه الفضة الردية الجنس هي كالثمر الردي فلا يجوز في الصرف بجنسها غير ردية اصلاً لعدم التماثل وأما قولهم صرف فضة بفضة فمجرد الاسم لا يعتبر كما لم يعتبره شارع الاحكام في التمرين هذا في ردي الجنس وأما قولهم ردي العين كنحاس بفضة فهذا لا يصح فيه صرف بل هو بيع فضة بنحاس ان رضيه صاحب الفضة كان بيعاً صحيحاً ولا يدخل في باب الصرف ولا الربويات فليتأمل فهذه الفروع التي فرغنا من الخوض فيها لا تجري على أحاديث الربو والصرف .

الكل ﴾ يبطل الصرف والقياس عدم بطلانه لان زيادة غير المزبق على ما يقابله من جنسه يكون في مقابلة التزبيق .

فصل

﴿ **ولا تصححه** [١] **الجريرة** ﴾ **وهي ما يدخل** مع الناقص قدر المساوي جنساً من غير جنسه وهو المصاحب الذي تقدم في مسائل الاعتبار ، وليقابل تلك الجريرة ما في الزايد

---

(١) **فصل** : ولا تصححه الجريرة ، أقول : الجريرة الذنب والجناية كما في القاموس ومثله في النهاية فاستعمله لها في هذا المعنى كأنه عرفي وفي البحر من كلام ابن عباس اياك ان تشتري دراهم بدراهم وبينهما جريرة ، عزاه مخرجه الى أصول الاحكام ولم نره في غيره ، واعلم انه ذكر في المنار في تصحيح الجريرة اذا كانت مساوية انه الحق ورد أدلة من قال أنها مصححه مطلقاً ، وان لم تكن مساوية الا انه ذكر ان أهل المذهب قرروا هذه القاعدة أي أشتراط المساواة ثم ناقضوا ذلك في مسائل الاعتبار وغيرها ، ومن ذلك قوله في الازهار فان صحب أحد المثلين غيره غلب المنفرد قلت : قد تنبه الغيث لما أشار اليه المنار فقال تنبيه أعلم ان كلام الازهار يقتضي انه لا يجب في الزيادة التي يغلب بها المنفرد ان تكون مساوية في التقويم لما صاحب الجنس الآخر بل تصح زيادة قيمتها عليه ونقصانها ، وهذا ذكره السيد وقيل لا بد ان تكون مساوية لما ذكروا في الجريرة في الصرف وقد روى ان الفقيه رجع الى مثل كلام السيد ح وهو الاظهر لانا لو شرطنا ان يتساويا في القيمة ارتفع الخلاف بيننا وبين الشافعي . قلت ولا يخفى ضعف ما اعتل به الامام ، وفي شرح الاثمار بعد نقله لكلام الغيث قيل الفرق أنهم قصدوا الحيلة هنا في الربا وهناك لم يقصدوا ذلك فان قصدوا ذلك حرم في الجميع وان لم يقصدوا جاز في الجميع .

قلت : وهو عائد الى تأثير القصد في مسائل الربو ولا يخفى انه لا يتم كون الكل مثلاً بمثل الا باشتراط المساواة ، ومن هنا يعلم ان هذا الصرف الواقع الآن في اليمن في سنة خمسين ومائة والف وما قابله من الازمنة التي عرفناها ، ومثله في مكة وغيرها مما عرفناه وسمعنا به لا يخلوعن الجريرة في العين المصروفة والعين المأخوذة في مقابلها الا انها فيهما غير متساوية ، فان النحاس في الدراهم التي يصرف بها القروش لا يتحقق فيها المساواة لما قابلها فيه من الفضة بل المعلوم خلافه ، نعم في شرح الاثمار والغيث عن الفقيه ح انها اذا كانت الجريرة من كلا الطرفين فانه جايز وفاقاً ، ويقابل كل جنس الجنس الآخر ، فعلى هذا يصح هذا الصرف للقروش بالدراهم المعدودة المغشوشة لان النحاس في القروش وفيها ايضاً وان كان نحاسها اكثر وهو الذي تقدم في مسائل الاعتبار حيث قال ولا يلزم ان صحبهما وقد ذكر وجه ذلك في الغيث ، قلت الا انه لم يظهر قوة دليله فانه ان لم يتساو الجنسان فقد باع الفضة بالفضة مثلاً متفاضلاً وهو الربا هذا والمؤ يد وأبو حنيفة اجازا بيع دينار في خريطة بمائة دينار ، قلت

= ويعكر عليهما خبر القلادة وقد تقدم في شرح قوله فلو صحب أحد المثلين واستدل به الشافعي لمنع مسائل الاعتبار وأجاب الشارح عليه بانه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عنه لعدم غلبة المنفرد يعني بل كانت الغلبة هنا للمصحوب بالجريرة وهو الخرز ، ولا يخفى بعد هذا الجواب فانه صلى الله عليه وآله وسلم في مقام التعليم ولو كانت العلة ذلك لذكرها بل قال لا تباع حتى تفصل فحديث القلادة ظاهر في عدم تصحيح الجريرة ساوت أو لم تساو واعلم ان صاحب المنار زاد كلاماً في أبحاثه في الصرف رأينا تميم الافادة بنقله ، قال بعد كلام هل يجوز صرف الفضة بالفضة جزافاً مع التحليل والتطيب قلت : ذكر بعض الشافعية ان مع التصريح بتطييب الزايد انه لا خلاف فيه ، أو قال لا كلام في جوازه ، فان قلت يلزم من هذا ابطال المقصد الشرعي في الربا اذ كل صورة يمكن فيها ذلك قلت قال الناصر من أهل البيت ونعم ما قال كل حيله توصل بها الى ابطال مقصد شرعي فهي باطلة ، وكل حيلة توصل بها الى السلامة من الاثم فهي جايزة الى أن قال فعلى هذا يجوز ما يفعله الناس من صرف القروش بالمحلقة وهما ضربتان كبيرة وصغيرة وذلك مما دعت الضرورة اليه لانحصار الانتفاع فيهما واستبدال كل منهما بالآخر على ذلك أو على تكلف شراء سلعة ثم بيعها ويكاد يلحق بالممتنع للضرورة الى ذلك في أكثر الاحوال وغالبها ، ففيه غاية المشقة ولنحو ذلك رخص في العرية والا فكان يمكن بيع التمر بالدراهم ثم شراء رطباً بالدراهم أما لو كان الغرض التجارة والارباح كالصارف مثلاً فلا يجوز ، فان قلت اذا علم طيبة النفس منهما ولم يصرح بذلك فهل يكفي ؟ قلت الظاهر انه يكفي غايته انه يكون كالاباحة ، وهذا يصلح ان يكون فرقاً بين ما نحن فيه وبين صورة الربا لانها تتناول الجميع من البدلين . قلت : فأفاد انه يجوز الصرف وان لم يعتبر التساوي على جهة الرخصة كرخصة العرية وفي نهاية المجتهد وروى عن مالك انه سأل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقة فيعطهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير أو دراهم وزن ورقة فقال اذا كان للضرورة خروج الرقة ونحو ذلك فأرجو ان لا يكون به بأس وبه قال ابن القاسم من اصحابه . قلت لك ان تقول ادلت تحريم البيع للجنس بجنسه متفاضلاً نصوص عامة لمسائل الصرف وغيرها للمصنوع وغيره ، فالقول بالجريرة وغيرها وأنه يصح التفاضل مفتقر الى دليل ناهض على التخصيص ولم نر لهم دليلاً ناهضاً وعلى تقدير صحة كلام صاحب المنار ومالك في جواز صورة من الصور هي الصرف للضرورة وكلام مالك أضيق من كلام صاحب المنار فأنه لم يجز الصرف مطلقاً وبيع الورق بالدراهم على جهة الضرورة وكلام صاحب المنار ظاهر في ان الصرف كله ضرورة الا في الصيارفة ، وأما بيع المصنوع من الذهب بالذهب والفضة بالفضة على رؤ وس الاعيان في غالب البلدان فلا أعلم له وجهاً غير خبر القلادة المنادي على حرمة ذلك فانها لا تعلم فيه المثلية بل الظاهر عدمها والا لما كانت المصنوعات من النقدين يتجر فيها للارباح فما ذهب اليه الشافعي من عدم تصحيح الجريرة والمصاحب هو الاظهر من حيث الادلة ، وقد أخرج البيهقي عن ابن عمر انه جاه سائغ فقال يا أبا عبد الرحمن أني لاصوغ الذهب فاستفضل في ذلك قدر عمل يدي فنهاه عبدالله بن عمر فجعل الصائغ يردد عليه المسألة وعبدالله ابن عمر ينهاه الى أن قال له

المنفرد من زيادة المقدار ، وقال المؤيد بالله تصححه اذا كان لجنسها قيمة ، كما في مسائل الاعتبار لعدم الفرق ﴿ و ﴾ أرادبذكر ﴿ **نحوها** ﴾ ما لو باع صاحب الناقص من الصرفين من صاحب الزايد سلعة بالزايد ثم اشتراها منه بالناقص وفيه نظر لان الكلام فيما يفسد العقد الواحد وهذان عقدان كل منهما صحيح فلا وجه للفساد الا ما يتخيل انه حيلة كالعينة وقد جوزوا الحيلة في مواضع ، وأما قوله ﴿ **الا مساوية لمقابلها** ﴾ فظاهر لعدم الفرق ﴿ **ولا يصح في متفقي الجنس والتقدير قبل القبض حط ولا ابراى ولا أي تصرف** ﴾ لتأدية ذلك الى ان يكون القبض على حالة التفاضل ﴿ **ويصح حط البعض في المختلفين** ﴾ قبل القبض جنساً والمتفقين تقديراً لانه وان أدى الى التفاضل فهو جايز بينهما كما تقدم في الربويات ﴿ **لا** ﴾ انه يجوز ﴿ **التصرف** ﴾ ببيع أو نحوه لانه انما يملك بالقبض فالتصرف فيه تصرف قبل الملك ، وقد عرفت امتناع بيع ما ليس عند البائع ﴿ **ولا يحل الربو بين كل مكلفين في أي جهة** ﴾ وقال الناصر وأبو حنيفة يجوز التعامل به في دار الحرب لغير المسلمين لان العقود فيها كلا عقود اذ هي [1] دار اباحة كما سيأتي ان شاء الله تعالى ﴿ **ولا** ﴾ يجوز الربو ايضاً

= عبدالله الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما ، هذا عهد نبينا صلى الله عليه وآله وسلم الينا وعهدنا اليكم ، وفي نهاية المجتهد اختلف العلماء في بيع السيف أو المصحف المحلا بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعي لا يجوز وذلك لجهل المماثلة المشروطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب ، وقال مالك ان كانت قيمة ما فيه من الذهب والفضة الثلث وأقل جاز بيعه أعني بالفضة وأن كان فيه فضة وبالذهب وان كان فيه ذهب والا لم يجز وكأنه رأى انها اذا كانت الفضة فيه قليلة لم يكن مقصوده بالبيع وصار كأنها هبة ، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس بذلك وكأنهم رأوا ان ما فيه من الذهب والفضة يقابل مثله من الذهب والفضة المشترى بها ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعي عموم الاحاديث والنص الوارد في خبر القلادة بقوله حتى يفصل فانه مشعر بأن علة التحريم عدم الفصل .

(١) قوله : لانها دار اباحه ، أقول : في الغيث فان قيل لم لا يجوز معاملة الحربي بالربو ، ولنا ان نتوصل الى أمواله بالتلصص لانها مباحة ، فالجواب انه انما يجوز التوصل الى المباح بما لا يكون محظوراً في الصورة ، وأما المحظور فلا كبيع قتيل الكفار من الكفار وكما لا يجوز الرشوة على ظاهر المذهب ليحكم بالحق والتلصص مخصوص قلت : وهذا الجواب معارض بأمور منها انهم اجازوا شراء اولاد الكفار مع انه ليس شراء لكن تسليم المال اليهم عوضاً عن التخلية ومنها قد أجاز المنصور الرشوة ليحكم له بالحق ومنها انه قد أجيز شراء الزبل النجس لا يبعه لان الشراء توصل الى المباح بالمباح وهو تسليم المال مع ان في هذه الصورة توصل بما صورته صورة المحظور . ببعض تصرف فعلى هذا قد

﴿ **بين العبد وربه** ﴾ كمن وجب عليه درهمان زكوة فراضا الفقير بدرهم الا ان هذا ليس بربا في الحقيقة وانما هو غل للواجب والامام والفقير ليس لهما الا ولاية القبض لا ولاية اسقاط الواجب الا ان يملكه الامام من هو عليه فذلك صرف لا ربا وعلى هذا يحمل قول المؤيد بجوازه .

= قوى مذهب الناصر والحنيفة ، وقال ابن حزم رداً على أبي حنيفة قال الله تعالى ، (ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه)وقال تعالى (حتى لا تكون فتنه ويكون الدين كله لله) وقال تعالى (وان احكم بينهم بما أنزل الله) فصح ان كل ما حرم علينا فهو حرام عليهم ونسأل من خالفنا ايلزمهم دين الاسلام ويحرم عليهم ما هم عليه من خلافه ؟ وهل هم على باطل اولا ؟ فان قالوا لا يلزمهم ولا هم على باطل كفروا بلا مرية وان قالوا بل يلزمهم دين الاسلام وحرام عليهم ما هم عليه من خلافه وهم على باطل قالوا الحق ولزم ابطال الباطل وفسخ الحرام فان قالوا ما هم عليه من الكفر أشد ، قلنا جاء النص بأنا لا نجبرهم على الصلاة والزكاة والحج وجاء النص بأن نحكم بينهم بما أنزل الله فلا يحل ترك أحد النصين للآخر وبالله التوفيق انتهى ملخصاً .

باب السلم



السلم[١] **هو السلف** وسلف الشيء ما تقدم قبله لأن الثمن هنا يتقدم قبضه قبل البيع ﴿ **والسلم** ﴾ الاصطلاحي ﴿ **لا يصح في عين** ﴾ اراد في حاضر لأن العين في الاصطلاح تقابل المنفعة وتقابل الدين وهو المراد هنا لأن المسلم فيه لا يكون الا ديناً لا حاضراً خلاف[٢] للشافعي لنا حديث ابن عباس عند الجماعة الا الموطأ ان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم «قال من اسلف في تمر ففي كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم » .

واجيب[٣] بانه نهى لهم عما كانوا يفعلونه من السلف العام والعامين والثلاثة ولا يعينون المدة بضابط لأن ذلك من شرط السلف ، والا لما جاز في غير المكيل والموزون عادة اذ لم يذكر غيرهما قلنا بالحضور ينتفي مدلول الاسم لأن معناه تقديم الثمن قبل حضور المبيع ، قالوا بيع

---

(١) **باب** : السلم يقال سلم وتسلم سمي سلماً لتسليم رأس المال في المجلس وحقيقته في الاصطلاح تعجيل احد البدلين وتأجيل الآخر على وجه اللزوم مع شرائط والأصل فيه قيل الاجماع اية الدين فسرها ابن عباس بالسلم وحديث الصحيحين من اسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم « وفي نهاية المجتهد انهم اجمعوا على جوازه فيما يكال ويوزن واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة كالدور والعقار» .

(٢) **قوله** : خلافاً للشافعي ، أقول : هذا النقل من الغيث والذي في الارشاد وشرحه الامداد الشرط الثاني كون المسلم فيه ديناً في الذمة حالاً او مؤ جلاً لأنه الذي وضع له لفظ السلم فاذا قال اسلمت اليك الفا في هذا العبد وهذا العبد في هذا الثوب لم يكن سلماً لانتفاء شرطه ولا بيعاً لاختلال لفظه لأن لفظ السلم يقتضي الدينية ومثل هذا في غيرهما من كتب الشافعية الا ان قوله حالاً يدل على انه يجري في الحال، وقوله ان لفظ السلم يقتضي الدينية ينافيه وفي المنهاج وشرحه النجم الوهاج انه يصح حالاً قال ومنع الأئمة الثلاثة الحال لقوله في الحديث وأجل معلوم واجاب بان معنى الحديث انه يكون كذلك ان كان مؤ جلاً ومثله في شرح مسلم للنوىِ ولا يخفى ان هذا تقييد للحديث بالمذهب ولا اظنه يصح لغة ان يسمى الحال سلماً فانه رسمه للنووي في المنهاج بقوله هو بيع موصوف في الذمة . ولا يخفى عدم صدقه على الحال ، وفي هامش شرح الضوء من نسخة الشارح بخط عبد العزيز المغني عالم الشافعية في عصر الشارح ان الشافعي لا يقول هو ولا احد اصحابه ان السلم في الحاضر يصح . قلت ما نقل عن كتبهم ينافي ما قاله .

(٣) **قوله** : واجيب ، اقول: الذي تحصل منه انه صلىّ الله عليه وآله وسلّم اقرهم على ما كانوا يفعلونه والزمهم بتعيين زمن الأجل فالسلم باق على ما كانوا عليه ، ولم يقع منهم الا في المؤ جل فمن اثبته في المعجل فالدليل عليه .

اخص لم يختص عن الأعم الا بجواز كون المبيع معدوماً لا يوجبه ، وغاية[١] ما يلزم رجوعه بيعاً بلفظ السلم والاخص يستلزم الاعم[٢] ويدل عليه ﴿ **او ما يعظم تفاوته** ﴾ فانه لا يصح فيه السلم ﴿ **كالحيوان** ﴾ وقال علي وابن عباس وابن عمر والحسن وابن المسيب والنخعي والباقر والصادق والقسم والمؤ يد ومالك والشافعي واحمد يصح فيه لنا احاديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسية تقدمت قالوا وتقدم ما يعارضها فيرجع الى الأصل وهو البراءة عن المنع الالتباس المتأخر ، قلنا القول ارجح ، قالوا لم يصح نسخ احدهما بالآخر ، واما مع تجويز النسخ فالترجيح تحكم ، قلنا لعظم تفاوته قالوا لو اطلق اما مع الضبط بالسن والصفات فلا ويسير التفاوت مغتفر كالمثلي ﴿ **و** ﴾ اما السلم في ﴿ **الجواهر واللآلىء والفصوص** ﴾ فادعى في اصول الاحكام الاجماع على منعه فيها ولكن قال المسعودي اذا اريد بها ان تخلط في الأدوية جاز لا للزينة ، وأقول اذا اسلم فيها على وفق نظير محفوظ الى وقت التسليم ذهب مانع التفاوت .

تنبيه النقدان وان كانا من الجواهر فقد صحح المصنف قول الشافعي وغيره بصحة السلم فيهما على وجه لا يحرم النساء كان يسلم فيهما طعاماً ، وقال المؤ يد بالله وابو حنيفة لا يصح لأن المسلم فيه مبيع والاجماع قائل على انهما اثمان ورد بمنع الاجماع ﴿ **و** ﴾ كذا لا يجوز السلم في ﴿ **الجلود** ﴾ لتفاوتها وعدم الاحاطة باوصافها ، وقال مالك وغيره يجوز كالحيوان ﴿ **و** ﴾ لا يجوز في ﴿ **ما لا ينقل** ﴾ لأنه حاضر وقد تقدم انه لا يصح في عين ودعوى الاجماع منقوضة بخلاف الشافعي كما تقدم ﴿ **و** ﴾ لا يصح السلم في ﴿ **ما يحرم فيه**[٣] **النساء فمن اسلم جنساً في جنسه وغير جنسه** ﴾ او مقداراً في مقدر بتقديره وغير مقدر به

---

(١) **قوله** : وغاية ما يلزم رجوعه بيعاً بلفظ السلم ، اقول: لا يخفى انه خروج عن محل النزاع على ان الشافعية لا يقولون انه يصح البيع بلفظ السلم كما عرفته الآن عن الارشاد وشرحه ، وفي شرح المنهاج ولا ينعقد بيعاً في الأظهر لاختلاف اللفظ والاحكام.

(٢) **قوله** : ويدل عليه ، أقول: لم يظهر لنا وجه الدلالة فينظر.

(٣) **قال** : وما يحرم فيه النساء ، اقول: عطف على قوله لا يصح في عين اي لا يصح السلم في مسلم فيه يحرم فيه النساء اي التأخير عن مجلس العقد ، واعلم ان الذي يحرم فيه النساء هي الستة الأنواع المنصوص عليها في تحريم الربا وما قيس عليها ، عند من يقول بذلك ولا ريب انه قد ثبت قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم « فان اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد » وثبت حديث

﴿ **فسد في الكل** ﴾ وقال ابو يوسف ومحمد يفسد فيما لا يصح فقط كما تقدم في الصرف .

هذا كل ما يمتنع فيه السلم ﴿ **ويصح فيما عدا ذلك بشروط** ﴾ خمسة ﴿ **الأول ذكر قدر المسلم فيه وجنسه ونوعه** ﴾ وهذه واضحة ﴿ **و** ﴾ لا بد من ذكر ﴿ **صفته كرطب** ﴾ في صفة التمر ﴿ **عتق** ﴾ اي تقادم عهد فيقال عتيق او جديد والعتيق يصلح وصفاً لأنواع كثيرة ﴿ **و** ﴾ العتق لا بد من ذكر ﴿ **مدته** ﴾ المتقادمة ﴿ **و** ﴾ لا بد من ذكر ﴿ **قشر زيت** ﴾ اسلم فيه او عدم قشرة ﴿ **و** ﴾ اذا اسلم في لحم فلا بد من ان يقول ﴿ **لحم كذا من عضو كذا سمنة كذا** ﴾ بعظامه او غير عظامه ﴿ **و** ﴾ اذا اسلم في ﴿ **ماله طول وعرض ورقة وغلظ** ﴾ يتعلق بها غرض والا فكل جسم كذلك كالأجر والقباب والبسط صح السلم و ﴿ **بينت** ﴾ هذه الصفات ﴿ **مع** ﴾ بيان ﴿ **الجنس** ﴾ الذي هو وصف له ﴿ **يوزن ما عدا المثلى ولو آجراً**[1] **او حشيشاً** ﴾ بناء على ان قوله صلى

= « فمن اسلف في تمر » الحديث والتمر احد الستة الربويات وثمن المسلم فيه غالبه انما يكون احد النقدين ، ومن مفهوم السلم عدم حضور المسلم فيه موقف العقد ، واذا عرفت هذا فقد تعارض النصان نص جواز السلم ونص ما اذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم اذا كان يداً بيد وفي السلم اختلف الجنسان ولزم النساء والجمع بين الحديثين ان حديث السلم مخصص بحديث اشتراط ان يكون يداً بيد ضرورة لثبوت الحديث في التمر بالنقد نسية ، فالصواب ان يقول المصنف ويحل في ما يحرم فيه النساء كما لا يخفى ، ولفظ الحديث « قدم رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم المدينة وهم يسلفون في الثمار فقال من اسلف في تمر» روى بالمثناة الفوقية والمثلثة ، وفتح الميم وهو الأوفق بأول الحديث ، فيعم كل ثمر، وفي البخاري من اسلف في شيء ويكون الحديث بالمثنى تمثيلاً وكذلك خصت ادلة جواز السلم عموم حديث لاتبع ما ليس عندك ونحوه وبهذا تعرف ضعف ما تقدم للشارح في شرح قول المصنف ، فلا يصح معدوماً الا في السلم انه يقاس عليه غيره اذ لو اقسنا عليه غيره لبطل باب الربويات ، وحديث النهي عن بيع المعدوم وما لم يقبض بل السلم فخصص من تلك الأحكام ومخالفاً للقياس فلا يقاس عليه .

(١) **قوله** : ولو اجراً ، اقول: اسقط ـ استضعف ـ مؤلف الأثمار هذا للمذهب وصحح ما ذكره القاضي زيد حيث قال لا يمتنع جواز التسليم في العوارض والجذوع من غير ذكر الوزن اذ بين جنس الخشب وطوله وعرضه وغلظه ورقته ولونه لأن وزنه يتعذر في العادة وفي شرحنا سبيل السلام انه قال السلم في ما لا يكال ولا يوزن ، فقال الحافظ في فتح الباري انه لا بد فيه من عدد معلوم رواه عن ابن بطال وادعى عليه الاجماع ، وقال الحافظ او ذرع معلوم فان العدد والذرع يلحقان الكيل والوزن للجامع بينهما وهو ارتفاع الجهالة بالمقدار.

الله عليه وآله وسلّم في كيل معلوم ووزن معلوم في قوة لا سلم الا بشرطهما كما رواه[١] المصنف باداة الحصر ولا اصل له بها على انه لو تقيد بالتقديرين المذكورين لما صح الا فيما يقدر بهما في العادة فان[٢] القاعدة الاصولية تقييد المطلق بالعادة فلا بد من تقييد السلم فيه بما يكال ويوزن عادة وترك قياس غيره عليه او قياس[٣] غيره عليه بجامع الضبط الحاصل بالاوصاف والقيود كما يحصل بالكيل والوزن ويكون ذلك كافياً عن الوزن .

الشرط ﴿ **الثاني معرفة امكانه** ﴾ اي حصول المسلم فيه ﴿ **للحلول** ﴾ اي لانقضاء وقت الأجل ﴿ **وان عدم**[٤] **حال العقد** ﴾ لما اخرجه البخاري وابو داود والنسائي عن أبي أوفى عبد الرحمن بن ابزي انهما قالا كنا نسلف على عهد رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم وابي بكر وعمر في الحنطة والشعير والزبيب والتمر ولا نسألهم الهم حدث ام لا زاد ابو

---

(١) **قوله** : كما رواه المصنف باداة الحصر ولا اصل له ، اقول: بل ساقه ابن حزم بلفظ من اسلف فلا يسلف الا في كيل معلوم اخرجه بسنده من حديث ابن عباس مرفوعاً ، وجعله مستند مذهبه انه لا يجري السلم الا فيا يوزن ويكال لا غير قال ولا نعلم احداً من الصحابة اجاز السلم في غير مكيل او موزون . ولا يخفى انه بعد ثبوت الحديث بالحصر يقوي القول بحصر السلم في المكيل والموزون لا غير.

(٢) **قوله**: فان القاعدة الأصولية تقييد المطلق بالعادة ، اقول التخصيص للعام بالعادة والتقييد للمطلق بها ليس مذهباً للمصنف كما صرح به في المعيار في التخصيص ، حيث قال ولا تخصيص بالعادة خلافاً للحنفية . فلا يلزمه القول بمذهب غيره.

(٣) **قوله** : او قياس غيره عليه ، اقول: هذا هو الأقرب فيجري السلم في كل ما تضبطه الأوصاف.

(٤) **قال** : وان عدم حال العقد ، اقول: في نهاية المجتهد ان مالكاً والشافعي واحمد واسحق وابا ثور لم يشترطوا ان يكون المسلم فيه موجوداً حال العقد ، قالوا يجوز السلم في غير وقت ابانه ، وقال ابو حنيفة واصحابه والأوزاعي والثوري لا يجوز السلم الا في ابان الشيء المسّلم فيه حجة من لم يشترط إلا بأن ما ورد في حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون في الثمر السنتين والثلاث فاقرذلك ولم ينهوا عنه ، وعمدة ابي حنيفة ما روى من حديث ابن عمر قال النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم قال « لا تسلموا في الثمر حتى يبدو صلاحها » قلت واما الحديث الذي استدل به الشارح فلا يتم الا بناء على انه صلّى الله عليه وآله وسلّم علم بذلك وأقرهم عليه ، وكان قول الصحابي على عهد رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم دليلاً على انه علم ذلك ، ثم الحديث دليل على انه لا يشترط ملكهم لما اسلم اليه فيه ان قيل ان عدم السؤال يتنزل منزلة عموم الأحوال.

داود والنسائي نسلف في ذلك الى قوم ما هو عندهم ثم المراد بمعرفة امكانه ليس العلم بانه غير مستحيل فان ذلك لا يكفي ولا العلم بانه يحصل لأن علم الغيب الى الله تعالى بل ان لا يشترط ما هو مظنة ان لا يحصل ﴿ **فلو عين ما يقدر تعذره كنسج محلة او مكيالها** ﴾ لا يبعد خلو مثلها عن النسج والمكيال ﴿ **بطل** ﴾ لما عند[1] ابي داود والموطأ من حديث ابن عمر ان رجلاً اسلم في نخل فلم يخرج تلك السنة شيئاً فاختصما الى رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلم فقال صلىّ الله عليه وآله وسلّم « بم تستحل ما له اردد عليه ماله ثم قال لا تسلموا في النخل حتى يبدو صلاحه » ولو قال المصنف نسج رجل ومكياله لكان هو الصواب لأن سلف اصحاب رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم كان معيناً بمكيال المدينة ضرورة ولو اطلق عن الشرط لتعين ايضاً .

الشرط ﴿ **الثالث كون الثمن مقبوضاً في المجلس** ﴾[2] لئلا يكون من بيع الكالي بالكالي ولا بد ان يكون القبض ﴿ **تحقيقاً** ﴾ اي بنقلٍ للمقبوض وقال المؤ يد يصح ان يسلم اليه الوديعة التي عنده وان لم يقبضها للسلم الا بعد المجلس لأنها ليست من الكالي ، والمنع انما كان لأجله لا ان[3] القبض نفسه في المجلس شرط لعدم الدليل عليه الا في الصرف والسلم مباين له فلا يقاس عليه ، ولا بد ان يكون الثمن ﴿ **معلوماً** ﴾ حال العقد ﴿ **جملة** ﴾ كالجزاف ﴿ **او تفصيلاً** ﴾ خلافاً للناصر وابي حنيفة فيما علم جملة فقط قلنا[4] السلم بيع وقد

---

(١) **قوله** : لما عند ابي داود الخ ، اقول : لا يتم الاستدلال به الا بناء على ان النخل الذي لم يخرج في تلك السنة معين والتنكير ظاهر في انه مطلق واستدل لذلك في شرح الارشاد بالغرر لتوقع جائحة في تلك البقعة فينقطع ثمرها ولأن التعيين ينافي الدينية لتضيق محل التحصل ولمثل ذلك قالوا لو عين لنحو اللبن والصوف او بلداً بعينها واصل ذلك ما صح ان يهوديا قال يا رسول الله هل تبيعني تمراً معلوماً الى اجل معلوم من حائط بني فلان قال لا ولكن ابيعك تمراً معلوماً الى كذا وكذا ولا اسمي حائط بنيِ فلان» .

(٢) **قوله** : في المجلس ، اقول : في نهاية المجتهد اجاز مالك تأخير اليومين والثلاث وكذلك اجاز تأخيره بلا شرط .

(٣) **قوله** : ان القبض في المجلس شرط ، أقول : شرطيته مأخوذة من لفظ السلف الذي سمى رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم المسلم به ، فان السلف لغة هو ان يعطي شيئاً في شيء فمن لم يدفع ما اسلف فلم يسلف شيئاً لكن وعد بان يسلف .

(٤) **قوله** : قلنا السلم بيع ، قلنا : يأتي منع ذلك قريباً .

ثبت فيه الجزاف ، قالوا منعه الشارع في المبيع فقيسَ عليه الثمن ﴿ **ويصح بكل مال** ﴾ وقال الناصر لا يصح الا بالنقدين لأنهم انما كانوا يسلمون بها ، قلنا فعل لا يدل على منع ما عداه ﴿ **وفي انكشاف الردى ما مر** ﴾ في الصرف من التفصيل في ردي العين والجنس .

الشرط ﴿ **الرابع الأجل المعلوم** ﴾ والاّ رجع بيعاً لا سلماً وفيه خلاف[1] الشافعي المقدم ، لنا اشتراطه في الحديث .

واجيب بانهم كانوا يؤجلونه بأجل غير منضبط فامروا بالضبط لا بالمضبوط قلنا لو لم يشترط الأجل لزم بيع ما ليس عنده ولم يرخص فيه الا في السلم ولا فارق الا الاجل واجيب بان الصيغة تكفي في الفرق ﴿ **و** ﴾ اما تقدير مدة الاجل بان ﴿ **اقله ثلاث** ﴾ ليال او يوم وليلة[2] او اربعين ليلة فمما لا دليل عليه الا القياس على حديث ولك الخيار ثلاثاً ولا جامع

---

(١) **قوله** : وفيه خلاف الشافعي، أقول: تقدم الكلام في ذلك وفي نهاية المجتهد مثل نقل الشارح ، ان ذلك ليس موجوداً في كتبهم بل خلافه الموجود الا ان من نهاية المجتهد، وقال عمدة الشافعي انه اذا جاز مع الأجل فهو في الحال اجوز لأنه اقل غرراً وربما استدلت الشافعية بما روى ان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم اشترى جملاً من اعرابي بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم تمراً واعطاه قال فهذا شرا حال بثمن في الذمة . «قلت الحديث اخرجه البيهقي في السنن ولفظه بعد سياق سنده من عائشة قالت اشترى رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم جزورا من أعرابي بوسق تمر عجوة وطلب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عند اهله تمراً فلم يجده فذكر ذلك للاعرابي فصاح الاعرابي واغدراه فقال اصحاب النبي صلىّ الله عليه وآله وسلم بل انت يا عدو الله اغدر فقال رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم دعوة فان لصاحب الحق مقالاً فارسل رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم الى خولة بنت حكيم وبعث بالاعرابي مع رسول فقال لها اني ابتعت من هذا الاعرابي جزوراً بوسق تمر عجوة فلم اجده عند اهلي فاسلفيني وسق تمر عجوة لهذا الاعرابي فقبض الاعرابي ذلك «وبوب له البيهقي باب الجواز في السلم الحال وساقه قلت وفي النفس من جعل هذه الصورة من باب السلم فانه بيع بثمن معين معجل غايته انه كان صلىّ الله عليه وآله وسلّم ظاناً ان التمر موجود في بيته فلم يجده فاقترضه والله اعلم الحمد لله وجدت بعد اعوام كثيرة في المحلى لأبي محمد بن حزم ما لفظه بعد ان ساق الحديث بطوله فقال هذا الخبر لا حجة فيه لأن البيع لم يكن بعد بين النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم وبين الاعرابي لأنهما لم يفترقا ، هكذا نص الحديث ولما استقرض صلىّ الله عليه وآله وسلّم التمر امضى معه العقد المحدود وتم البيع بحضور الثمن وقبض الاعرابي . فقرر انه بيع لا سلم .

(٢) **قوله** : أوْ يوم وليلة ، اقول هذا للاستاذ والاربعون للمنصوربالله وعلله بانه اقل وقت يأتي فيه الزرع وهو الطهف ويقاس سائر الأشياء على هذه المدة.

﴿ و ﴾ اذا جعل الأجل ﴿ **رأس ما** ﴾ اي رأس شهر ﴿ **هو فيه** ﴾ كان حلول الأجل ﴿ **لآخره وإلا** ﴾ يذكر رأسه بل قال لشهر كذا ﴿ **فلو روية هلاله و** ﴾ وهل يكون ممتداً الى آخره كما يكون ﴿ **له الى آخر اليوم المطلق** ﴾ الظاهر ثبوت ذلك والا لزم قول[١] الشافعي ان يكون لطلوع الشمس ذلك اليوم ، واما الاعتذار بحديث لنا بقية يومنا يا يهودي فلم اقف له على اصل صحيح ولو صح للزم مثله في الشهر ﴿ **ويصح التعجيل كما مر** ﴾ في القرض من التفصيل .

الشرط ﴿ **الخامس تعيين المكان** ﴾ الذي يقبض فيه المسلم فيه وقال ابو يوسف[٢] ومحمد لا يشترط ذكر موضع قبض المبيع واحتج المصنف فان العقد لا يقتضي التسليم في موضعه كما مر فوجب تعينه في السلم وهو احتجاج بالمدعي كما ترى ، فالحق ما ذهبا اليه لعدم الدليل ولأنه[٣] بيع فوجب ان لا يتعين موضع التسليم فيه والتأجيل ان سلم وجوبه لا يصح فارقاً لوجوده في البيع الموجل ايضاً ولا يشترط تعيين المكان حال العقد بل ﴿ **قبل التفرق** ﴾ وان كان بعد العقد قيل[٤] وهكذا سائر الشروط ﴿ و ﴾ من الشروط التي داخلها المصنف في

---

(١) **قوله** : قول الشافعي انه يكون لطلوع شمس ذلك اليوم ، اقول: الذي في الغيث وفي الرواية عن اصحاب الشافعي بل وقته طلوع الفجر فقول الشارح خلافه، وكلام الغيث الأولى لأن اول اليوم طلوع الفجر لا الشمس ، قال وما ذكره قياس لأن الى للغاية، لكن خولف القياس للخبر ، وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم لنا بقية يومنا هذا» .

(٢) **قوله** : وقال ابو يوسف ومحمد لا يشترط ، اقول: في نهاية المجتهد اشترط المكان ابو حنيفة تشبيهاً بالزمان ولم يشترطه غيره لعدم الدليل ، وبه جزم ابن حزم وزاد انه يبطل السلم فقال ولا يشترط في السلم دفعه في مكان بعينه فان فعلا فالصفقة كلها فاسدة ، وكلما قلنا او نقول انه فاسد فهو مفسوخ ابداً محكوم فيه بحكم الغصب لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم كل شرطٍ ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط» . قلت وفي ابطاله تأمل.

(٣) **قوله** : لأنه بيع ، اقول: نازع ابن حزم في جواز تسمية السلم بيعاً فقال السلم ليس بيعاً لأن التسمية في الديانة ليست الا لله عز وجلّ على لسان رسوله صلّى الله عليه وآله وسلّم ، وانما سماه رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم السلف والتسليف والسلم ، والبيع يجوز بالدراهم والدنانير حالا وفي الذمة الى غير اجل مسمى، والى الممتد والسلم لا يجوز الا الى اجل مسمى ولا بد والبيع يجوز في كل متملك لم يأت النص بالنهي عنه والسلم لا يجوز الا في مكيل او موزون فقط لا يجوز في حيوان ولا في مذروع او معدود الى آخر كلامه فيحرر البحث ان شاء الله تعالى .

(٤) قوله : قيل وهكذا سائر الشروط ، اقول: عبارة الأثمار هنا قبل التفرق في الكل ، قال شارحه واعلم

الخمسة وان كان متميزاً وحده ان يسلم المسلم في حالة ﴿ **تجويز الربح والخسران** ﴾ وان لم يحصل ذلك للمسلم اليه لئلا يكون ذلك من بيع الشيء باكثر من سعر يومه لأجل النساء وقد تقدم انه لا يصح ، خلافاً للمؤ يد ومن تبعه في تجويز ذلك وهو الحق كما قدمنا تحقيقه .

﴿ فصل ﴾

﴿ **ومتى بطل** ﴾ أي لم يثبتا عليه ﴿ **لفسخ** ﴾ وقع بينهما ﴿ **او** ﴾ تعذر تمامه بسبب ﴿ **عدم جنس** ﴾ المسلم فيه في ناحية المستسلم ﴿ **لم يؤخذ الا رأس المال** ﴾ اما مع التفاسخ فظاهر واما مع عدم المسلم فيه فحيث[1] لم يحصل امهال الى اجل آخر لأن تكليف المستسلم ما تعذر تكليف ما لا يطاق ولحديث اردد عليه ماله ، تقدم آنفاً ﴿ **او** ﴾ اذا كان

= ان ظاهر قول اهل المذهب في كتبهم انه اذا اختل شرط من شروط السلم قبل التفرق ان ذلك يصح مطلقاً سواء كان من شروط البيع او من غيرها كان يقول اسلمت اليك في شيء او في بر ثم يعينه قبل التفرق انه يصح ونحو ذلك وقد استشكل المؤلف ذلك ، وقال والصحيح للمذهب التفصيل وهو ان يقال ان كان ذلك الشرط من شروط البيع اعتبر حصوله حال العقد وان كان من الشروط التي تخصه كفى ما ذكروه ثم انه قال زاد في الاثمار غالباً ، وقال انه احتراز من تجويز الربح والخسران فانه يعتبر فيه بحال العقد فان كان مفقوداً حال العقد لم يصح ولو حصل في المجلس لأنهما عقداه على وجه يقتضي الربا .

(١) **فصل، ومتى**: بطل ـ **قوله**: فحيث لم يحصل امهال الى اجل ، اقول: في نهاية المجتهد اذا تعذر تسليم المسلم فيه فقال الجمهور اذا وقع ذلك فالمسلم بالخيار بين ان يأخذ الثمن او يصبر الى العام القابل وحجتهم ان العقد وقع على موصوف في الذمة وهو باق على اصله وليس من شرطه ان يكون من ثمار هذه السنة وانما هو شيء يشترطه المسلم فهو في ذلك بالخيار ، وقال اشهب من اصحاب مالك ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير ، وكأنه رآه من بيع الكالي بالكالي ، وقال سحنون ليس له اخذ الثمن وانما له ان يصبر الى العام القابل ، قال والمعتمد عليه في هذه المسألة القول الأول وهو الذي اختاره ابو بكر الطرسوسي وبيع الكالي بالكالي المنهى عنه انما هو المقصود لا الذي يدخله اضطرار . فظاهر الازهار مثل كلام اشهب لأنه جعل عدم الجنس كالفسخ فحكمهما واحد ، وعبارة الفتح وللمسلم في تعذر الجنس الفسخ وإلا بطل فيوافق كلام الجمهور وعدل ايضاً في الأثمار الى نحو ذلك ، قال شارحه انما عدل لأن عدم الجنس لا يقتضي البطلان وانما يقتضي ثبوت الخيار . قلت كان على الشارح ان ينبه على هذا .

رأس المال قد فات اخذ ﴿ **مثله** ﴾ ان كان مثلياً ﴿ **او قيمته** ﴾ ان كان قيمياً وتعتبر قيمته ﴿ **يوم قبض** ﴾ هذا ﴿ **ان تلف** ﴾ وإلا فالواجب رد عينه ﴿ **ولا يبتع** ﴾ المسلم ﴿ **به** ﴾ اي برأس المال الذي بطل السلم به ﴿ **قبل القبض** ﴾ له ﴿ **شيئاً** ﴾ خلافاً للشافعي لنا ما[١] عند ابي داود من حديث ابي سعيد الخدري « ان النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم قال من اسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره قبل ان يقبضه » قلت ظاهره النهي عن ان يعين على المستسلم غير المسلم فيه اولاً لأن ذلك من بيع الكالي بالكالي ، اما لو اشترى عيناً حاضرة فقضاه منها او احال به او نحو ذلك فلا محذور وينبغي ان يكون هذا جمعاً للخلاف ﴿ **لا** ﴾ اذا بطل لغير فسخ ولا عدم جنس بل ﴿ **لفساد** ﴾ حصل باختلال احد شروطه ﴿ **فيأخذ** ﴾ المسلم به ﴿ **ما شاء** ﴾ بناء[٢] على انه يصير باختلال احد شروطه باطلاً لا

---

(١) **قوله** : لنا ما عند ابي داود ، اقول: الضمير في تصرفه ظاهر انه للمسلم فيه لا لثمنه الذي تعين ارجاعه الى المسلم باحد السببين الا ان يقال بالقياس على المسلم فيه فكان الأولى ذكر انه ثبت حكمه بالقياس لا بالنص وقد استدل به ابن رشد في النهاية على الأول فقال اذا جاز الأجل من المسلم قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك اصلاً وهم القائلون بان كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وبه قال ابو حنيفة واحمد واسحاق وتمسك احمد واسحاق بحديث ابي سعيد العوفي من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره . وقول الشارح ظاهره غير ظاهر في ما قال بل ظاهره اعم من ذلك الا ان الحديث اخرجه من طريق طلحة بن سعد وهو العوفي وعطية بن سعد لا يحتج بحديثه كما قاله المنذري في مختصر السنن على ان زيادة قبل قبضه لم يخرجها ابو داود بل هي من زيادات رزين وهي مجهولة .

(٢) **قوله** : بناء على انه يصير باختلال احد شروطه باطلاً ، اقول: في شرح الاثمار ذكر اهل المذهب ان فاسد السلم باطل واستضعف المؤلف ذلك وقال الصحيح ما اشرنا اليه في البيع غير الصحيح من انه إن كان الخلل في ركن مجمع عليه فهو باطل ، وان كان في شرط ففاسد ولا مانع من ان يكون كذلك اذ هو نوع من البيع ولا يضر كونه مختصاً بشروط زائدة لأن زيادة الشروط وصف لا تأثير لها في مثل هذا الحكم لأنه قد تقدم في شيء من البيع ما هو كذلك ، وهذا بناء على ان بيع المعدوم لا يكون باطلاً ، والمؤلف يقول بذلك ويقول انها قد كملت الأركان الأربعة ، لأن المبيع وان كان معدوماً في الملك فقد ذكر في العقد ووصف وجوده في الملك شرط للركن لا انه الركن نفسه فلا وجه لجعله باطلاً فعرفت انه اذا اختل احد شروط السلم كان فاسداً تلحقه احكام الفاسد فيملك رأس المال والمسلم فيه بالقبض ويصح فسخه ونحو ذلك ، الى ان قال نعم فلا يصح ما ذكروه انه يأخذه برأس ماله ما شاء لأن كلامهم مبني على ان فاسد السلم باطل ، قلنا وهو الحق واحكام السلم غير احكام البيع كما قدمنا .

يملك المستسلم ما قبضه من الثمن لأنه باختلال شروطه رجع الى بيع المعدوم ، وهو باطل ، وقال المؤ يد بالله هو كالبيع يملك بالقبض .

قلت الا ان اعترافه بشرطية الشروط المذكورة توجب الحكم بالبطلان عند فوت احدها لأن بطلان الشرط موجب لبطلان المشروط الا ان لا يجعل بيع المعدوم باطلاً بل فاسداً كما اختاره السيد يحيى وهو ظاهر قول المصنف وفاسده ما اختل فيه شرط غير ذلك فمستقيم ﴿ **ومتى توافيا**[1] **فيه** ﴾ اي في الفاسد ﴿ **مصرحين** ﴾ بالقضاء والاستقضاء ﴿ **صار بيعاً** ﴾ بمنزلة بعت واشتريت فتجري فيه احكام البيع ﴿ **وإلا** ﴾ يتوافيا او لم يصرحّا بالقضاء والاستقضاء ﴿ **جاز** ﴾ للمسلم ﴿ **الارتجاع** ﴾ للثمن وللمستسلم الارتجاع للمسلم فيه حيث قبضه المسلم بلا تصريح بالتوافي ﴿ **و** ﴾ اذا احبا تجديد السلم على وجه صحيح فانه ﴿ **لا يجدد الا بعد التراجع** ﴾ لئلا يصير من الكالي بالكالي لكن بناء على ان كلاً منهما ملك ما قبض لأنه فاسد يملك بالقبض ، اما اذا كان باطلاً فلا ملك بل مال كل واحد باق في ملكه فلا بيع لدين بدين الا ان يكون قد تلف في يد غير مالكه فقد صار ديناً بيعه من بيع الكالي بالكالي ﴿ **ويصح**[2] **انظار معدم الجنس** ﴾ الى اجل آخر ﴿ **و** ﴾ يصح لكل منهما ﴿ **الحط** ﴾ عن صاحبه بعض ما لزمه له بالعقد او كله ﴿ **والا براء** ﴾ منه كذلك ﴿ **قبل القبض** ﴾ ولا حاجة[3] الى قوله ﴿ **او بعده** ﴾ لأن ما يقع بعد القبض ليس بحط ولا ابراء

---

(١) **قال** : ومتى توافيا الخ ، اقول : حذف هذا في الاثمار قال شارحه لدخول معنى ذلك في معنى قوله اخذ ما شاء.

(٢) **قوله** : ويصح انظار معدم الجنس ، اقول : لا ادري لم خصه بالمعدم فان الانظار احسان يجوز مع وجود الجنس وعدمه.

(٣) **قوله** : ولا حاجة الى قوله او بعده ، اقول وقع هنا تقديم وتأخير فان قوله غالباً هي من قوله **قبل** القبض ، والمعنى عليها لأن قبله اذا ابرأ من الكل لم يبق رأس مال فلا يصح الا في بعضه على انه يشترط فيما بقي ان يكون قيمة للمسلم فيه في بعض الأوقات كما صرح به ابن بهران في شرح الأثمار ، والشارح جعل غالباً الى قبله وبعده لأنه اخرها في كلامه وهي مقدمة في عبارة الازهار ، ثم قال المصنف وبعده والشارح قال او بعده ، وليس التخيير من عبارة المصنف ، وقوله انه لا حاجة اليها غير صحيح ، بل هي لافادة هذا الحكم نعم تسميته لما يقع بعد القبض حطأ وابراء غير صحيح، ولكنه من باب المشاكلة لما قبله ولا ضير فيه بل هو من باب البلاغة وعليه ورد قوله تعالى (تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك).

وانما هو تمليك ولا كلام في صحته وانه ليس من احكام السلم ﴿ **غالباً** ﴾ يحترز من حط الكل من رأس المال قبل قبضه لبقاء السلم بلا رأس مال وانما صح حط البعض لأن الباقي يكفي رأس مال السلم ، فاذا حط البعض فكأنه استسلم بما بقي لكن منع ذلك مبني على ان الحط والابراء ليسا بقبض وعلى ان رأس المال قبل قبضه ليس ديناً يصح تمليكه الضامن له وكلا الأمرين في حيز المنع غالباً ﴿ **و** ﴾ السلم ﴿ **يصح بلفظ البيع كالصرف** ﴾ صح بلفظ البيع كما تقدم لأن لفظ البيع اعم وهو يطلق على الأخص لكن[1] اطلاقه عليه لا يستلزم دلالته عليه ، والمقصود هو الدلالة كما عرفت ﴿ **لا** ﴾ انه يصح ﴿ **هو** ﴾ اي البيع ﴿ **بأيهما** ﴾ لأنهما اسمان لبيع مخصوص والأخص[2] ليس اسماً للأعم وان استلزم وجوده وجوده وفيه نظر لأنه دال عليه والحق انه مباينة لتنافي لوازمها وتنافي اللوازم مستلزم لتنافي الملزومات ﴿ **و** ﴾ لهذا ﴿ **لا** ﴾ يصح ﴿ **أيهما** ﴾ اي الصرف والسلم ﴿ **بالآخر** ﴾ .

فصل

﴿ **واذا اختلف البيعان** ﴾ فليس في ذلك من المنقول الا حديث عبدالله بن مسعود رضي الله عنه بألفاظ منها عند الشافعي والنسائي والدار قطني « اذا اختلفت البيعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار » ورفعه بلفظ حضرت النبي صلى الله عليه وآله وسلم «فأمر بالبائع ان يستحلف ثم خَيَّرَ المبتاع ان شاء اخذ وان شاء ترك » وحمل على الاختلاف في قدر الثمن ثم من لم يصحح [3] سماع ابي عبيدة ابن عبدالله بن مسعود من ابيه حكم بانقطاعه مع ما فيه من

---

(١) **قوله** : لكن اطلاقه عليه لا يلزم دلالته عليه ، اقول: الحيوان اذا اطلق لا يستلزم دلالته على الانسان بخصوصه ، ولهذا يقولون ان الأعم لا يدل على الاخص بخصوصه الا بقرينه ، فلعله يقال مقام السلم قرينة على ارادة الأخص من الأعم ودلالته عليه .

(٢) **قوله** : والاخص ليس اسماً للأعم وان استلزم وجوده وجوده ، اقول: لا شك انك اذا قلت انسان فليس اسماً للحيوان وان كان جزءاً منه يستلزم وجوده ودلالته عليه التزامية وقد احسن الشارح بقوله والحق لأن هذه الدلالات عقلية والكلام في الأحكام العرفية شرعاً وهما متباينان في ذلك لتباين اللوازم وان اتفقا في شيء في الجملة فكل غيْرين لا بد ان يتفقا في شيء في الجملة .

(٣) **فصل واذا اختلف البيعان ـ قوله** : من لم يصحح سماع ابي عبيدة ، أقول: هو ابو عبيدة بن عبدالله بن مسعود قال البيهقي لم يسمع من ابيه شيئاً .

الاختلاف في اسم الراوي [١] عن ابي عبيده وقد صححه ابن السكن والحاكم وله طريق [٢] اخرى يعتبر بها وان كان فيها كلام ، ومنها «اذا اختلف البيعان تحالفا او ترادا » فاما [٣] التحالف فلا اصل له واما التراد فهو عند مالك بلاغاً [٤] وهو عند احمد والترمذي وابن ماجه باسناد منقطع الا انه عند الطبراني متصلا باسناد رجاله ثقات غير عبد الرحمن بن صالح نسبوه [٤] الى الرفض وقد قال ابو حاتم صدوق وقال يحيى شيعي ثقة وله طريق [٥] أخرى

---

(١) **قوله** : في اسم الراوي عن ابي عبيده ، اقول : فانه اختلف في اسم الراوي وفي اسم ابيه فقيل عبد الملك وقيل عمير وقيل عبد الملك بن عبيد وقيل عبد الملك بن عيينه وهذا يفيد جهالة الراوي .

(٢) وله طرق اخرى ، أقول : احدها عند الدار قطني من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود عن ابيه عن جده ، وفيها اسماعيل بن عياش عن موسى بن عقبه ، والثانية للشافعي في المختصر عن سفيان عن ابن عجلان عن عون بن عبدالله بن عليه عن ابن مسعود وفيها انقطاع لان عوناً لم يدرك ابن مسعود .

(٣) **قوله** : فاما التحالف فلا اصل له ، اقول : اخرج البخاري عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم عرض على قوم اليمين فاسرعوا فامر ان يسهم بينهم في اليمين ايهم يحلف قال الخطابي معنى الاستهام هنا الاقتراع يريد انهما يقترعان فايهما خرجت له القرعة حلف واخذ ما ادعا عليه . قلت فهذا اصل في التحالف ، وقال البيهقي قال الشافعي اذا تبايع الرجلان فقال البائع بعته بألف وقال المبتاع بخمس مائة فكل واحد منهما مدعٍ ومدعى عليه البائع يدعي فضل الثمن والمشتري يدعى السلعة بأقل من الثمن فيتحالفان ويبدأ بيمين البائع .

قوله : فالتحالف فلا اصل له ، اقول في التلخيص اعترف الرافعي في التذنيب انه لا ذكر له في شيء من كتب الحديث وانما يوجد في كتب الفقه ، وكانه عن الغزالي فانها ذكرها في الوسيط وهو تبع امامه في الاساليب . والعجب ان الرافعي استدل بها في الشرح مع قوله هذا .

(٤) **قوله** : بلاغاً ، اقول : اي عن ابن مسعود وكذلك المنقطع هو عنه ايضاً .

(٥) **قوله** : نسبوه الى الرفض ، اقول : في التقريب عبد الرحمن بن صالح الازدي العتكي بفتح المهملة والمثناة الفوقية الكوفي نزيل بغداد صدوق يتشيع ، قلت بينا في الابحاث الاثرية ان التشيع لا يقدح به حتى يبين في اي انواعه .

(٦) **قوله** : طريق اخرى صححه منها الحاكم ، اقول : هي عند ابي داود والنسائي والبيهقي من طريق عبد الرحمن بن قيس بن الاشعث عن أبيه عن جدة قال قال عبدالله بن مسعود فذكر الحديث.

صححه منها الحاكم وحسنه البيهقي واعلها [١] غيرهما بانقطاع وجهالة ، وطريق ثالث عند الدار قطني رجالها ثقات الا انه [٢] اختلف في سماع القسم بن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود عن ابيه ، واما زيادة والسلعة قائمة فرواها عبدالله بن احمد في زيادة المسند والطبراني والدارمي لكن تفرد بها [٣] محمد بن عبد الرحمن الفقيه المعروف بابن ابي ليلى وهو ضعيف لسوء حفظه . والفاظهم [٤] كلها تدور على ان القول قول البائع او يترادان .

---

(١) **قوله** : واعلها غيرهما ، اقول : اعلها ابن عبد البر وابن حزم وعبد الحق بالانقطاع واعل الاخرى ايضاً بجهالة عبد الرحمن المذكور ، واما ابوه قيس بن محمد فيحكم بانه مقبول ، واما جده فالاشعث بن قيس صحابي معروف مشهور .

(٢) **قوله** : الا انه اختلف في سماع عبد الرحمن عن ابيه قلت وبهذا تعرف ان له علة اخرى في الطريق التي سلفت من رواية القاسم عن ابيه عن جده واعلنت باسماعيل بن عياش عن موسى بن عقبة وهي الاختلاف المذكور في سماعه .

(٣) **قوله** : لكن تفرد بها الخ اقول : وهي ايضاً من رواية عبد الرحمن المختلف في سماعه الا ان رواية عبدالله بن احمد فيها انقطاع من طريق القاسم عن جده ، الا انه قال ابن عبد البر بعد اعلاله لاصل الرواية من غير الزيادة في الانقطاع انه حديث مشهور عند جماعة العلماء تلقوه بالقبول وبنوا عليه كثيراً من فروعهم .

(٤) **قوله** : والفاظهم كلها تدور على ان القول قول البائع ويترادان ، اقول : ساق في المنار الفاظ الحديث بزيادة فلنسق كلامه برمته اذ فيها ما لم يذكره الشارح ، فقال حديث اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو متباركان » اخرجه الحاكم وابو داود والبيهقي من حديث ابن مسعود ، وفي رواية للبيهقي والترمذي فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار ، وهي مثل الاولى الا ان فيها فائدة زائدة وهي اثبات خيار المشتري وفي رواية ابن ماجة والمبيع قائم بعينه وهي مقيدة للاولتين بعدم هلاك المبيع ، لان الحديث واحد فذكر الراوي هذا القيد مرة وحذفه اخراً ، والعبرة انما هي بالمحكى وقد اورد القيد والمقيد مرة واحدة لاتحاد الحديث ، ومفهومه يشهد للرواية الآتية ان الحكم مع هلاك المبيع مخالف ، وفي رواية البيهقي استحلف البائع ثم كان المبتاع بالخيار ، وهي موافقة لما مضى ، وفيها زيادة يمين البائع ، وفي رواية الدار قطني فالقول ما قال البائع واذا استهلك فالقول ما قال المشتري ، وفيها ايضاح اختلاف الحكم فيما بعد هلاك المبيع وعدم هلاكه فحاصل هذا الراوية ان القول للبائع مع يمينه مع البقاء مطلقاً اعني قبل القبض وبعده في الثمن او في غيره ، وللمشتري بعد الهلاك ويمينه لازمه من غير هذا الحديث ولا خيار للبائع في حال وللمبتاع الخيار ، وهذا كله مع عدم البينة كما هو لفظ الحديث .

اذا عرفت هذى وان الاختلاف مطلق وان حمله البعض على الاختلاف في الثمن ، والمطلق يقيد بقواعد الدعوى الآتية ان شاءالله تعالى في بابها على حسبها يقتضيه الحديث المشهور فيها لأن متعلق الاختلاف مختلف الحكم ، فان كان الاختلاف في وقوع العقد ، ﴿ **والقول في العقد لمنكر وقوعه** ﴾ رجوعاً الى البراءة عنه كما تقدم في النكاح ﴿ و ﴾ كذا في ﴿ **فسخه** ﴾ لأن دعوى الفسخ اعتراف بالوقوع فيكون الاصل عدم الفسخ ﴿ و ﴾ كذا في ﴿ **فساده** ﴾ وقد تقدم في النكاح ما يغني عن الاعادة الا ان دعوى الفساد ان كانت منسوبة الى فوات ركن او شرط مجمع عليه كان ذلك من انكار العقد اذ الاصل عدم الركن ، والشرط كما ان الاصل عدم العقد وان كانت مجملة فهو الذي [١] اراد المصنف بنا على [٢] ان

---

(١) **قوله** : فهو الذي اراده المصنف ، اقول : صرح في الغيث بارادة الكل سواء كانت مجملة او مفصلة ، قال ان كانت الدعوى على جهة التفصيل ففيها ثلاثة اقول الاول للهادي واحد قولي المؤ يد ان القول قول مدعي الصحة مطلقاً ، الثاني اخير قولي المؤ يد القول قول مدعي الفساد مطلقاً ، الثالث تفصيل استوفيناه هنالك ، والمؤ يد هنا كالهادي ، وفي شرح الفتح ولا فرق بين ان يكون مدعى الفساد مجملا او مفصلا عند الهادي واحد قولي المؤ يد وهو الذي في الازهار والاثمار وكان الشارح لا يطالع شرح المصنف الذي ابان فيه مراده مع ان اطلاقه في الازهار ينادي بمراده .

(٢) **قوله** : بناء على ان الغالب في عقود المسلمين الصحة ، اقول : لفظ البحر اذ الظاهر في عقود المسلمين الصحة ، وفي الغيث ان امور المسلمين محمولة على الصحة، قال المنار على البحر هذا اصل كبير وهو يعارض الاصل والظاهر فالاصل عدم اجتماع شرائط الصحة ، وان اجتمعت قرائن او قرينة واحدة يحصل بها ظن خلاف الاصل فهو المراد بالظاهر المعارض للاصل فيعمل به وان انتفى الظن البتة فيرجع الى الاصل لعدم الدليل لا لدليل العدم وان اثارت القرائن تردداً بين الاصل وخلافه عمل بالاصل عند القائل بالاستصحاب ووجب الوقف عند غيره حتى يرجح احد الجانبين ، اذا عرفت هذا فاعلم ان معنى قولهم امور المسلمين محمولة على الصحة بمعنى ان مقتضى الدخول في الاسلام التزام لوازمه فيكون هو الظاهر من حال المتصف بالاسلام وهذا هو عين قول ابي حنيفة ان الظاهر في المسلمين العدالة لأن الاتصاف بالاسلام يقتضي ويناسب الاتصاف بلوازمه ، والمتصف بالاسلام ولوازمه هو العدل ، فقلنا له نعم ما قلت لو وافقه الواقع لكنه ظهر الجرح في الناس ظهور الشمس حتى اضمحل ظن العدالة للافراد لغلبة عدمها في افراد لا تحصى بحيث ان العدل نادر اي نادر فلا نظن في اي فرد اشرنا اليه انه من ذلك النادر بل نظنه من الاكثر ، وما ذكر من ان الاسلام يقتضي ذلك صحيح ، لكن هذا المقتضي عارضته جمة موانع وهي الدواعي الى فعل الشرور وترك الخير ، نعم اذا غلب ظن الصحة لعارض ما فلا عبرة بالاصل وذلك كالبيوع في الامور النفيسة والمستمرات كالدور

الغالب في عقود المسلمين الصحة فلو كان الغالب هو الفساد وجب الحمل عليه لأن الفرد المجهول يحمل على الاعم الاغلب كما تقرر في الاصول ﴿ و ﴾ كذا القول لمنكر ﴿ **الخيار والاجل** ﴾ بناء على ان الغالب في المعاملة هو النقد [١] اما لو كان الغالب هو التأجيل وجب الحمل عليه ﴿ و ﴾ القول لمنكر ﴿ **اطول المدتين** ﴾ في المؤجل اذ الاصل البراءة عن الزيادة ﴿ و ﴾ القول لمنكر ﴿ **مضيها** ﴾ اي مضي مدة الاجل لكن منكر مضيها يدعى زيادة وقع التنازع فيها فينافي ذلك كون القول لمنكر الزيادة ﴿ **واذا** ﴾ ادعى مالك الجارية انه اثبت فيها حق البيع وادعى خصمه انه حق النكاح و ﴿ **قامت بينتا بيع الامة وتزويجها استعملتا**﴾ ان لم[٢] يضيفا إلى وقت واحد وان اضافتا إلى وقت واحد تهاترتا كما سيأتي ورجع إلى الأصل وهو عدم النكاح والبيع، وعلى الوجهين[٣] يصير لبيت المال حيث كان المدعى للبيع هو السيد لأنهما كليهما نافيان لملكهما وان كان هو المدعي للنكاح فهي له ﴿ **فان** ﴾ لم يكن لاحدهما بينه و ﴿ **حلفاء أو نحوه** ﴾ بان نكلا تساقطت الحجتان و ﴿ **ثبتت للمالك** ﴾ ان كان هو المدعي للنكاح لا لو كان هو المدعي للبيع فلبيت المال كما تقدم واذا ثبتت للمالك لم يثبت على

= والضياع فانهم يتحرون لصحتها لا لأجل انه مقتضى التزام الشريعة بل لحفظ اموالهم والشح بها فما جرى ذلك المجرى ربما يظن الحاكم صحة البيع ونحوه سيما فيما جرت العادة انه يكتب في محضر الفقهاء والقضاة ، وهذا يقتضي ان تكون المسألة اجتهادية للقاضي ولا يرسم بان الظاهر الصحة ولا بانه يحكم بالفساد بل يقال فيها هذا مما تعارض فيه الاصل والظاهر وارجو ان هذا اصفاء تحريرٍ لها . ولا يخفى حسن هذا الكلام ورصانته وجودته ومتانته وفي تعبير الشارح بقول الغالب المام بانها اجتهادية عائدة الى نظر الحاكم يجتهد راية في المتنازع فيه من الغالب والمغلوب .

(١) **قوله** : هو النقد ، اقول : الاحسن هو التعجيل .

(٢) **قوله** : ان لم يضيفا الى وقت واحد ، اقول بل اطلقتا او اضافتا الى وقتين او تطلق احدهما وتؤ رخ الاخرى .

(٣) **قوله** : وعلى الوجهين تصير لبيت المال ، اقول : كتب الشارح رحمه الله بخطه اي استعمال البينتين وتهاترهما . وفي شرح الاثمار انه اذا ادعى شخص على آخر انه باع منه امة وادعى الآخر انه تزوجها منه وبين كل واحد منهما فانه يجب استعمال البينتين حيث امكن فيحكم بالبيع والتزويج حملا للشهود على السلامة فيثبت للمشتري الملك ويبطل النكاح اذ الشراء يرفع النكاح ان تأخر ويمنعه ان تقدم اذ لا يتزوج مملوكته . قلت وبه يعرف ان مع استعمال البينتين لا تكون الامة لبيت المال كما قاله الشارح .

المشتري مهر لأن المالك رد الاقرار به ولا ثمن لأنه ناف لسببه وهو البيع ﴿ **لا** ﴾ لو اقامت الامة البينة على ان سيدها اعتقها ، واقام رجل البينة على انه شراها من سيدها وح قامت ﴿ **بينتا العتق والشراء فالعتق** [1] ﴾ يحكم به اذا كانت البينتان ﴿ **قبل القبض** ﴾ من مدعي الشراء للامة ﴿ **و** ﴾ يحكم ببينة ﴿ **الشراء بعده** ﴾ لأن القبض قرينة تقدم الشراء وعدمه قرينة تقدم العتق ، هذا ﴿ **ان** ﴾ كان البينتان ﴿ **اطلقتا** ﴾ فان ارختا عمل بالمتقدمة فان اطلقت احداهما حمل على التأخر لأنه يحكم لها بأقرب وقت كما سيأتي ان شاءالله تعالى على ما فيه واما اقرار المالك لأحدهما فان كانت باقية في يده فذلك قبل قبض المشتري وبينة العتق هي المقدمة في هذه الحالة كما عرفت ، وان لم تكن في يده فهو مصادقة على الغير لا يصح الا ان لا يكون لاحدهما بينة رأساً فلمن اقر له فان اقر لهما عتقت ولا سعاية لأن مالكها مستهلكها اذ الفرض انها ليست في يد المشتري ، والا كان الاقرار بالعتق دعوى على الغير هذا اذا كان الاختلاف في العقد ﴿ **و** ﴾ ان كان الاختلاف ﴿ **في** ﴾ احوال ﴿ **المبيع** ﴾ ففي قبضه القول ﴿ **لمنكر قبضه و** ﴾ في تسليمه القول لمنكر ﴿ **تسليمه** ﴾ اما مطلقاً او انكر تسليمه ﴿ **كاملا او** ﴾ انكر تسليمه ﴿ **مع زيادة** ﴾ ادعاها البائع ﴿ **و** ﴾ في تعيبه القول لمنكر ﴿ **تعيبه و** ﴾ القول لمنكر ﴿ **ان ذا** ﴾ الذي ادعيت كونه عيباً ﴿ **عيب** ﴾ فيبين مدعي العيب بشهادة عدلين انه عيب كما تقدم ﴿ **و** ﴾ القول بعد التصادق على انه عيب لمنكر كونه ﴿ **من قبل القبض** ﴾ هذا ﴿ **فيما يحتمل** ﴾ انه من قبل القبض ويحتمل انه من بعده ، اما

---

(١) قال : فالعتق يحكم به الخ ، اقول : لم يعلل الشارح الحكم بالعتق وقد علله في البحر والغيث وشرح الاثمار بقوة النفوذ قال عليه المنار هكذا يحتجون بقوة نفوذه في عمدة مواضع وذلك حين يحصل التعارض كما هنا ويستأنسون لقوة نفوذه بمثل السراية في اعتاق الشريك الغني ، وفي عبارة امام الحرمين لتشوق الشارع الى العتق ، واقول لا يتلخص لي ما زعموه لأن حاصله قياس مثل مسألتنا هذه على مثل مسألة عتق الغني والقياس يفتقر الى المساواة وتجويز ملك شريك في تلك الصورة مثلا لحكمةٍ لا توجد فيما نحن فيه من تعارض العتق والبيع وتلك الحكمة هي ما اشار اليه صلى الله عليه وآله وسلم ، لا شريك لله ، ولم يعتبر هذه الحكمة في المعتق الفقير حفظاً لحق المخلوق ، وهذا سند والا فالحجة منع المساواة للقياس ، فان قلت لا يريدون في مثله القياس وانما يريدون ان الترجيح لاحد المحتملين سنده عناية الشارع في احدهما بانه من القرب ، وقد روعى ذلك في مثل مسألة اعتاق الشريك الموسر مثلا ، قلت هذه قنطرة اخرى لا يسلم خطرها الا من عرف بناها واساسها وذلك ان الترجيح هو ما يحصل به الظن ان الامر على احد المحتملين في الواقع ولا يلزم من عناية الشارع وتشوقه الى العتق ان يكون العتق متقدماً في صورة البيع والعتق الى آخر كلامه .

لو علم كونه من قبله كالعيب الخلقي حكم بانه من قبل القبض ﴿ **و** ﴾ القول لمنكر ﴿ **الرضا به قيل و** ﴾ اذا اختلفا في قدر المبيع فالقول لمنكر ﴿ **اكثر القدرين** ﴾ ولا وجه لتضعيفه لانه كما تقدم في اطول المدتين ، ولكن [١] قاسه ابو طالب على الاختلاف في جنس المبيع ونحوه قبل قبضه حيث لا بينه لان ما سيأتي قد يتضمن الدعوى زيادة في صفة ودعوى الزيادة حكمها واحد ﴿ **و** ﴾ اذا ادعى المشتري على بائع لم يقبض الثمن انه قبض المبيع باقباضه ، والبائع يريد حبسه حتى يستوفي الثمن ، فان القول ﴿ **لبائع لم يقبض الثمن في نفي اقباضه** ﴾ اي جعل المشتري قابضاً للمبيع ﴿ **و** ﴾ القول ﴿ **للمسلم اليه في قيمة رأس المال** ﴾ اذا اختلفا فيه وكان قيمياً ﴿ **بعد التلف** ﴾ كل ذلك لان الاصل مع من جعل القول قوله في جميع ما تقدم ﴿ **فاما** ﴾ اذا اختلفا ﴿ **في** ﴾ تعيين ﴿ **جنس المبيع** ﴾ الذي تسميه المناطقة نوعاً نحو تمر صيحاني او برني ﴿ **وعينه** ﴾ هذا الثوب او هذا الثوب ﴿ **ونوعه** ﴾ الذي [٢] تسمية المناطقة جنساً براً او شعيراً ﴿ **وصفته** ﴾ ثوب احمر او ابيض ﴿ **ومكانه** ﴾ من البلد او غيره فان كان المشتري قد قبض المبيع فالقول قوله وان لم يكن قد قبضه ﴿ **ولا بينة** ﴾ لأحدهما ﴿ **فيتحالفان ويبطل** ﴾ البيع بناء على ان للتحالف اصلا من السنة ، وقد عرفناك ان لا اصل له الا تحليف البائع فالحق ان القول في هذه للبائع كما

---

(١) **قوله** : ولكن قاسه ابو طالب ، اقول : القيل لابن ابي الفوارس كما قال المصنف الا انه حصل ابو طالب للمذهب خلافه وهو انهما لم يقيما ولا احدهما البينة تحالفا وبطل البيع . واعلم انه قد ذكر في الفتح وشرحه القولين ، وقال انه ذكر ابو طالب في هذه المسألة انهما اذا اقاما البينة حكم للمشتري دون البائع فافهم انه يقول انهما اذا لم يقيما البينة كان القول للبائع ، ومثله ذكره ابن ابي فارس في مسألة السلم حيث قال اسلمت اليك كذا في مدّين ، وقال المسلم اليه في مد ، ورجحه كثير من المذاكرين للمذهب وصححه الفقيه يوسف في الرياض ، ثم قال اذا كان هذا الاختلاف والانضراب فغير بعيد ان يكون الا قيس ما ذكره الفقيه ف اذ هو المناسب لما ذكره ابو طالب في مسألة البيع كما تقدم وان خالف رواية الامام عنه، ومناسب لما ذكره ابن أبي فارس في مسألة السلم والمذاكرون في ذلك لأن المشتري مصادق للبائع انه وقع العقد بألف لكن قال ان الجارية انطوى عليها لفظ البيع مع العقد (العبد) والاصل عدمه ، فافهم هذه المسألة فقد استوفيت ما فيها وللناظر نظره ، فلم يذكر ذلك في مجالس الجمع . والشارح قد حام حول تقرير ان القول للبائع وهو الذي استوفاه شارح الفتح .

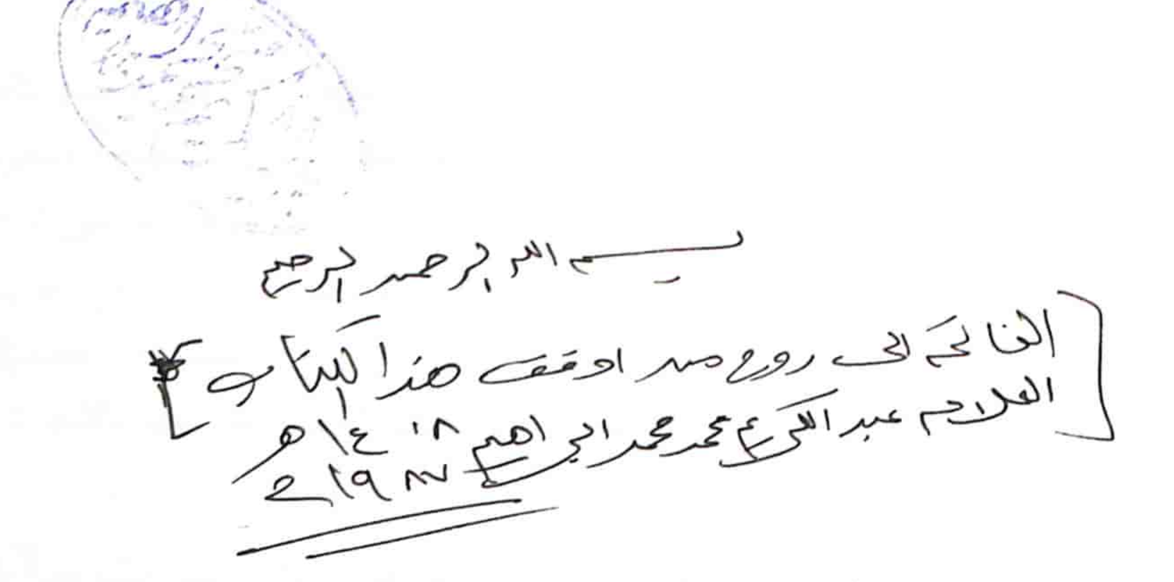
(٢) **قوله** : الذي تسميه المناطقة جنساً ، اقول : في القاموس الجنس بالكسر اعم من النوع وهو كل ضرب من الشيء فالابل جنس من البهائم، وفيه النوع كل ضرب من الشيء وكل صنف من كل شيء وهو اخص من الجنس وهو باصطلاح اهل المنطق اوفق .

سيأتي في الثمن لأن الاصل قبل قبض المبيع عدم تعلق البيع بما ادعاه المشتري ، وانما يجب على البائع اليمين كما هو صريح الحديث وكذا يكون القول قول البائع بعد قبض المشتري للمبيع واذا انكر الاقباض لانهما متصادقان على تقدم يد البائع والاصل عدم ناقلها لان النزاع في الناقل واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عن الاختلاف في الصفة فانه يجب على المشتري قبولها ، قال المصنف للتسامح فيها عادة وهو تهافت لأن الغالب تعلق الاغراض بها بحيث لو عدمت لما اشتريت السلعة ﴿ **فان بينا** ﴾ كلٌّ على مدعاه ﴿ **فللمشتري** ﴾ اي فتقدم بينة المشتري لأنها خارجة فلا وجه لتقييدها بقوله ﴿ **ان امكن عقدان** ﴾ لأن بينة الخارج تقدم سوى كان هناك عقدان اولا ﴿ **والا** ﴾ يمكن عقدان بان تصادقا بانه ليس الا عقداً واحداً واضافا الى وقت واحد ﴿ **بطل** ﴾ البيع ﴿ **و** ﴾ ان كان الاختلاف ﴿ **في** ﴾ احوال ﴿ **الثمن** ﴾ ففي عينه القول ﴿ **لمدعي ما يتعامل به في البلد ثم** ﴾ اذا كان الاختلاف في قبضه كان القول ﴿ **للبائع في نفي قبضه مطلقاً** ﴾ سوى كان الاختلاف في المجلس او بعده ﴿ **الا** ﴾ ان يكون اختلافهما ﴿ **في** ﴾ ثمن ﴿ **السلم ففي المجلس** ﴾ يكون القول قول البائع في نفي قبضه ﴿ **فقط** ﴾ اي لا بعده لأن العرف في السلم قبضه في المجلس فهو مدع للفساد وقد عرفت ان القول لمنكره ﴿ **و** ﴾ القول ايضاً قول البائع ﴿ **في قدره وجنسه ونوعه وصفته قبل تسليم المبيع** ﴾ لأن اليد [1] له على المبيع نحو الحبس له حتى يحضر الثمن ويقبض بتخليه او نقل .

---

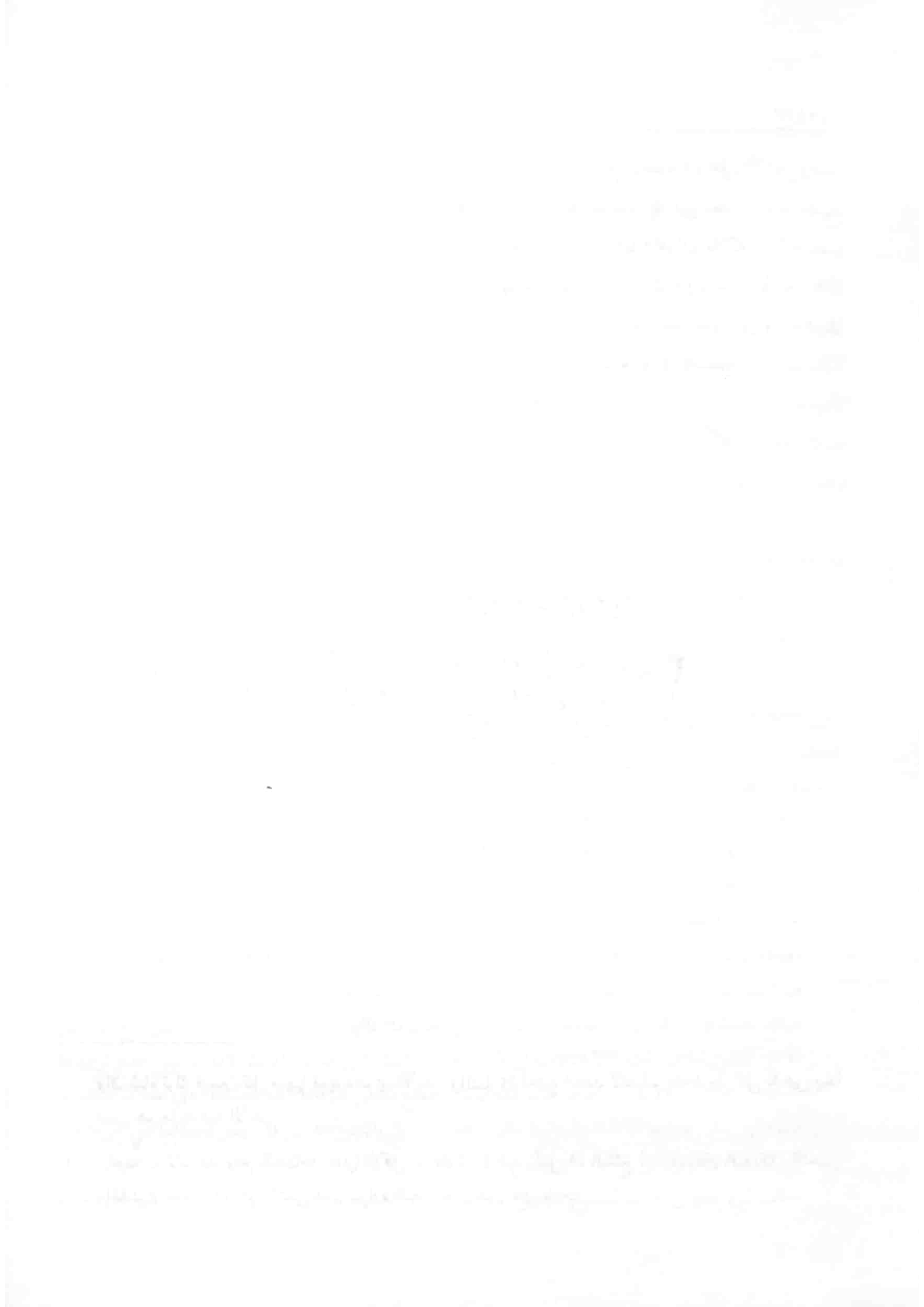
(١) **قوله** : لان اليد له على المبيع نحو الجبس ، اقول : فيكون القول قوله فيما ذكر لانه لا يلزمه تسليم المبيع الا بما ادعى من الثمن او بما صح من البينة ، الا انه صرح في شرح الاثمار بان ذلك حيث يكون المشتري هو الطالب لتسليم المبيع فعليه البينة بانه يدعى الزيادة ، واعلم ان مؤلف الاثمار ضعف جعل هذا التفصيل للمذهب ، قال والصحيح ان القول للمشتري في قدر الثمن وجنسه ونوعه وصفته مطلقاً ، سواء كان ذلك قبل ان سلم المشتري المبيع او بعده ، وسواء كان هو الطالب للمبيع او البائع هو الطالب للثمن وهو المذكور في البحر للقاسمية والناصر وابي ثور وابن شبرمه وزفر وذلك لأن البائع مصادق للمشتري في ملكه للمبيع على كل حال فلا تأثير لذلك التفصيل لأن الدعوى ح لم تكن الا في الثمن فكان ذلك كالاختلاف في الدين في ان البينة على مدعي الاكثر لأن الاصل عدم لزوم ما يدعيه . قلت : وعلل في البحر هذا القول بان البائع يدعى الزيادة وهو مصادق على بطلان ملكه ، قال عليه المنار الجواب ان البائع لم يقر بزوال ملكه مطلقاً بل بالثمن المدعي فلم يتفق دعواهما على أمر متحد بل تعلقت دعوى كل واحد منهما ببيع مخالف للآخر ، ولذا لم يحكم للبائع مع استحلافه لانه انما حلف ليرد دعوى الآخر للمبيع بالثمن الناقص فكان المشتري بالخيار ان شاء صادق البائع على دعواه

قلت اما في القدر فالقول قول نافي الزيادة لانه [1] قد وقع التصادق على الاقل ولهذا قيل ان الاخذ بأقل ما قيل اخذ بالاجماع ﴿ **لا** ﴾ لو اختلفا ﴿ **بعده** ﴾ اي بعد تسليم المبيع ﴿ **فللمشتري** ﴾ اذا كان المبيع قد تلف في يده ، اما لو كان باقياً فأقوال ثلاثة ، احدها للهادي كما لو كان قد تلف وهو اطلاق الازهار ، وثانيها للفقهاء يتحالفان ويترادان المبيع وقال المؤيد بالله كذلك في غير المقدار وفيه قولان مع الهادي ومع الفقهاء ولكن لم يظهر لي وجه فرق الهادي بين المبيع والثمن ، في اثبات التحالف في المذكورات في المبيع لا في الثمن .



وان شاء ترك فيمين كل منهما ليرد دعوى الآخر والمتاركة لعدم العقد لأنه لم يتحد بل كل يدعى بيعاً ليس هو ما يدعيه الآخر .

(١) قوله : لأنه قد وقع التصادق على الأقل ، اقول : فيه تأمل اذ البائع لم يصادق انه كل الثمن والمشتري يقول انه كل الثمن فلم يتوارد التصادقان على محل واحد .



كتاب الشفعة [١]



فصل

﴿ يجب ﴾ [٢] لما سيأتي من السنة وأدعى المصنف الاجماع الا عن الاصم كأنه حمل الاحاديث فيها على الندب او الاولوية كما تدل عليه صيغة التفضيل في أحق بصقبه ونحوه وهي تجب ﴿ في كل عين ﴾ لا في المنافع كمنفعة الموجر من غير الشريك والجار بنا على ان المنفعة ليست بشيء حتى تدخل في عموم حديث الشفعة في كل شيء أخرجه الترمذي من حديث ابن عباس وعلي أنها لا تكون مشتركة حتى تدخل في كل شرك كما أخرجه مسلم من حديث جابر وكلا الأمرين في حيز البطلان ، اذ لو لم تكن شيئاً ولا مشتركة لما صح بيعها بالاجارة ، ولا

(١) كتاب الشفعة ، أقول : انها عند الفقهاء حق لملك الشقص على شريكه المتحدد ملكه قهراً بالعوض وفي القاموس والامداد باسكان الفا وحكم ضمها وهي لغة من الشفع بمعنى الضم أو الزيادة أو التقوية أو الشفاعة ، أقول : متقاربة أشهرها الاول فهي ضم نصيب الى نصيب وشرعاً حق بملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما يملك بعوض ، وأصلها قبل الاجماع ما صح من حديث قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة خرجه الستة وصح أيضاً قضى بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط ولا يحل له ان يبيع حتى يؤ ذن شريكه فان شاء أخذ وأن شاء ترك ، وإن باعه ولم يؤ ذن فهو أحق به والمعنى فيه دفع مؤونة القسمة واستحداث المرافق في الحصة الصائرة اليه فليست تعبدية خلافاً لابن السمعاني والامام .

(٢) قال : تجب ، أقول : في اسناد الوجود اليها تسامح اذ الوجوب على من طلبت منه ان يسلمها لانها تجب على الشافع ، فالمراد يجب تسليمها فالاسناد الى الشفعة مجاز لانها سبب الايجاب القريب والا فالتحقيق ان سببها هو الخلطة ونحوها .

قسمتها بالمهاياة ، ونحو ذلك ، فالحق ثبوت [١] الشفعة فيها لوجود [٢] الاسم وعلة الشفعة فيها أما قول [٣] المصنف انها انما وردت في البيع وهو للاعيان دون المنافع فهو تغافل عن مذهبه في الاصول من ان [٤] العموم لا يقصر على سببه ، وأيضاً [٥] هو تخصيص للعلة بلا مخصص

---

(١) **قوله** : فالحق ثبوت الشفعة فيها ، أقول : أي في منافع العين المؤجرة وهو واضح انه الحق لوضوح الدليل عليه وهما وجود الاسم وعلة الشفعة كما قال الشارح أما وجود الاسم فهو عموم حديث في كل شيء وعموم حديث في كل شرك الا ان حديث في كل شيء تكلم فيه مخرجه الترمذي بقوله هذا حديث لا نعرفه مثل هذا الا من حديث أبي حمزة اليشكري وقد روى غير واحد هذا الحديث عن عبد العزيز ابن رفيع عن أبن أبي مليكه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وهذا أصح . والشارح لم يذكر رفعه ومذهبه ان لا يعمل بالمرسل ، وأما حديث في كل شرك فيما لم يقسم ربع أو حائط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه الحديث ففي قوله ان يبيع ما يدل على اختصاصه بما أخذ بعقد البيع ، وأما وجود العلة فلا ريب انها حاصلة في الاجارة وهي دفع الضرر عن الغير فعندنا مرسل الصحابي حجة تثبت به وبالعلة الشفعة والشفعة بالاجارة يقول بها الشافعي وهو أحد كلامي أبي طالب ، وقواه الفقيه ح كما في الغيث ، قال بناء على ان المنافع مال لقوله تعالى (على ان تأجرني ثماني حجج) وقد قال في آية أخرى (لا جناح عليكم ان تبتغوا بأموالكم) فدل على ان الخدمة مال لانه قد جعلها مهراً واذا كانت مالا صحت الشفعة في بدلها . قلت : وتوقف الشفعة على تسمية المشفوع فيه مال انما هو اصطلاح لهم لانهم أخذوا في حدهم لها لفظ المال حيث قالوا بعوض معلوم مال والا فكون المنفعة شيئاً كاف في صحة الشفعة فيها كما أفاده الحديث .

(٢) **قوله** : لوجود الاسم ، أقول : أي دخولها تحت لفظ شيء وعموم لفظ الشركة لها ، وقوله وعلة الشفعة لم يتقدم له ذكر العلة وهي دفع الضرر .

(٣) **قوله** : وأما قول المصنف انها انما وردت في البيع الخ ، أقول : هذا اللفظ لم أجده للمصنف في الغيث ولا في البحر وكلام الشارح صحيح .

(٤) **قوله** : من ان العموم لا يقصر على سببه ، أقول : أي عموم الشفعة في كل شيء اذ قد تقرر في الاصول انه لا يقصر العام على سببه اذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

(٥) **قوله** : وأيضاً ، أقول : ويعود الى الايراد على المصنف بانه خصص العلة وهي دفع الضرر بلا مخصص اذ ورود العام على الخاص من الاسباب لا يعد مخصصاً ولا وجه لقوله عند ايمة القياس اذ تخصيص العام بلا مخصص لا يقوله احد على أنه سيأتي للشارح ان حديث الشفعة في كل شيء مرسل ويأتي له إبطال كون علة اثبات الشفعة التضرر وأنها عادت على عموم النص بالابطال فتبطل .

ولا يصح عند ايمة القياس ولا يقال الشفعة انما تكون لدفع ضرر يتأبد كما أحتج به الفريقان على منع الشفعة في المنقول لانا نقول قد أجاب المصنف عليهم بمنع الحصر .

قلت : لانه لا دليل عليه لانه مجرد دعوى ولا بد ان تكون العين أو المنفعة ﴿ **ملكت** ﴾ لا اذا لم تملك كالعارية والموقوفة ولا بد ان يكون الملك ﴿ **بعقد** ﴾ لا بإرث ونحوه لان الوارث أخص من الشريك والجار ، ولان دليله قطعي ودليل الشفعة ظني ﴿ **صحيح** ﴾ لا باطل اتفاقاً ، ولا فاسد خلافاً [١] للمنصور لنا ان عقده غير مستقر فهو كالعارية وأجيب بالمنع بعد القبض ولان تجوير التفاسخ لا يمنع ملك الشفيع كما لا يمنع ملك المشتري ، فهو طرد في المانع اذ لو منع الشفيع لمنع المشتري ولان الشفعة توجب انتقال ملك المشتري ، وذلك استهلاك والاستهلاك يمنع رد عين المبيع بفاسد ، ولو سلم فاذا حكم به استقر ، قلنا لا يملك الا بالقيمة وهي متفاوتة فلا يعلم مقدار الثمن قالوا ذلك غير مانع ، كما لو كان [٢] الثمن قيمياً في الصحيح اتفاقاً .

قلت : وعلى ملكه بالقيمة لا بالثمن ما قدمناه [٣] لك هنالك من سقوط القول بذلك ، وقد مال [٤] المصنف الى ما ذكرناه وقواه لكن لم يسند التقوية الا الى ان حديث

---

(١) **قوله** : خلافاً للمنصور ، أقول : المنصور يقول بصحة الشفعة في العقد الفاسد مطلقاً قبض اولا والامام يحيى يقول بصحتها فيه بعد قبض المبيع كما في البحر فقوله وأجيب بالمنع بعد القبض لا يوافق مقالة الامام يحيى ، وقوله ولان الشفعة توجب انتقال ملك المشتري يقال عليه هذا استدلال بمحل النزاع فان الخصم مانع للشفعة فكيف يستدل عليه بما يمنعه فهذه مصادرة وكأنه لذلك قال الشارح ولو سلم .

(٢) **قوله** : كما لو كان الثمن قيمياً ، أقول : هذا دليل المنصور وأستدل به المصنف للامام يحيى وهو صحيح لهما .

(٣) **قوله** : ما قدمناه لك هنالك ، أقول : من ان كونه بالقيمة لا يتمشى الا على القول بحرمة الدخول فيه كالربا .

(٤) **قوله** : وقد مال المصنف ، أقول : قال في البحر قلت وهو قوي اذ لم تفصل ادلة الشفعة في كل شيء وجهالة القيمة مغتفرة كما في العقد الصحيح حيث الثمن قيمي . الا انك قد عرفت ان الشارح قوى كلام المنصور وهو جواز الشفعة في الفاسد مطلقاً ، والمصنف قوى كلام الإمام يحيى وهو جوازها فيه بعد القبض فتأمل .

الشفعة في كل شيء لم يفصل ولا يجديه ذلك لانهم يجيبون بان القياس [١] فاصل يقيد به المطلق ويخصص به العام ، فالتعويل انما هو على ما قررناه على ان ههنا بحثاً آخر وهو ان البايع منهى عن البيع قبل ان يؤذن شريكه كما ثبت ذلك من حديث ابن عمر عند الجماعة بلفظ «لايحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه» فالبيع [٢] اذن فاسد على أصل من يجعل النهي مقتضياً للفساد كما هو رأى المصنف ، فيلزم ان لا تصح فيه الشفعة والعمل [٣] من المسلمين كلهم على اثبات الشفعة فيه ، ولا بد ان يكون العقد الصحيح ﴿ **بعوض** ﴾ أيضاً لا كالهبة بغير عوض خلافاً لمالك [٤] وابن أبي ليلى ، قلنا الشفعة انما تكون بعوض ولا عوض ، قالوا بالقيمة كما لو كان

---

(١) **قوله** : بان القياس فاصل الخ ، أقول : يريد به قياس العقد بالفاسد على العارية فان الكل يكون به ملكاً غير مستقر ، قلت وهو قياس غير صحيح في نفسه فانه ان أريد قياس العقد الفاسد على عقد العارية فالعارية لا عقد فيها وان أريد قياس العين المعقود عليها عقداً فاسداً على عين العارية فالقياس انما يجري في الاحكام لا في الاعيان ، وبانه قد أجيب عن القياس بانه ممنوع بعد القبض اذ بعده تملك العين بالعقد الفاسد والعارية لا ملك فيها اصلاً ، ولا قياس مع الفارق .

(٢) **قوله** : فالبيع اذن فاسد ، أقول : في الامداد وما أفهمه الخبر من وجوب استئذان الشريك قبل البيع من انه اذا استئذن له فأذن له لا شفعة له لم يصر اليه أحد من اصحابنا ، في الثاني ولا أكثرهم في الاول ، لما قام عندهم ، والجواب بانهم تمسكوا ببقية الاخبار وبأن عدم الحل المراد به عدم الاولى والمراد ان ذلك لا يحل حلاً مستوى الطرفين فيه نظر اذ المقيد محمول على المطلق ، وانتفاء الحل ظاهر في الحرمة فلا يحمل على غيرها الا بدليل ، ومن ثمة ذهب الفارقي الى حرمة البيع قبل الاستئذان وكلام الامام يقتضيه ان علم بالنهي لكن قال هذا التحريم لا يمنع صحة العقد والا لانتفى الأخذ بالشفعة ، قلت : لانه اذ أفسد لم يأخذ الشفيع الشفعة فهو المراد بقوله والا لانتفى الأخذ بالشفعة ، وقوله انه لم يصر اليه احد من اصحابنا في الثاني من الشافعية، وكذلك لم يصر اليه المالكية وأبو حنيفة وعثمان البتى وابن ابي ليلى وغيرهم ، وخالف في ذلك الثورى والحاكم وأبو عبيدة وطائفة من ايمة الحديث ، قالوا اذا أذن البائع الشريك بالبيع فباع ثم أراد ان يشفع فانه ليس له ذلك ، وظاهر الحديث معهم ، والحق العمل بالحديث في الأمرين ، وقررناه في سبل السلام .

(٣) **قوله** : والعمل من المسلمين كلهم على اثبات الشفعة فيه ، أقول : أي في البيع الذي لم يتقدم من بائعه اعلام لشريكه بالبيع وهو عقد فاسد لانه منهى عنه ، وهذا ايراد لا ينهض لهم على دفعه دليل فانهم لم يعارضوا حديث النهي بما يقاومه ، فالحق ثبوت الشفعة في العقد الفاسد كما قواه الشارح ، والقول بانه لا ثبوت للعقد المنهى عنه رأساً ولا يثبت به ملك فلا يتم فيه شفعة .

(٤) **قوله** : خلافاً لمالك ، أقول : في النهاية المشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك =

الثمن قيمياً قلنا بقيمة الثمن لا بقيمة المبيع ، قالوا لا فرق ، قلنا كالميراث ، قالوا اختصاص الوارث ثبت بحكم القرآن واختصاص المتهب ثبت بحكم الواهب [١] فهو أشبه بالمشتري من الوارث ، قلنا الشفعة مخالفة [٢] للقياس فتوقف على موردها وهو البيع قالوا السبب وإن كان خاصاً فالعلة وهي الضرر عامة وهي الموجبة للحكم فتتعدا الى كل محالها وكونها مخالفة للقياس ممنوع بل موافقة للقياس لحديث«مازال ربي يوصيني بالجار حتى حسبته يورثه»أخرجه الشيخان وغيرهما من حديث عائشة وابن عمر ، وفي الباب غير ذلك وذلك [٣] تقييد لاطلاق قوله تعالى

= بعوض كالبيع والصلح والمهر وأروش الجنايات وغير ذلك ، وبه قال الشافعي وعنه رواية ثابتة انها تجب في كل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ما عدا الميراث ، فانه لا شفعة فيه باتفاق ، وأعلم ان ابن ابي ليلى يقول بصحتها في الهبة والصدقة بغير عوض ومالك يقول بصحتها في الهبة والصدقة هكذا في البحر ، ومنه ينقل الشارح فما كان له جعل كلامهما واحداً .

(١) **قوله** : بحكم الواهب ، أقول : بل بحكم الله تعالى حيث اذن للعبد أن يهب ماله لأخيه بل حث عليه .

(٢) **قوله** : مخالفة للقياس ، أقول : اختلف هل هي مخالفة للقياس ام لا ، فذهبت الحنفية والقاسمية الى أنها موافقة له للحاجة اليها كالبيع والاجارة ، وقالت الناصرية والامام يحيى بل هي مخالفة لقياس الاصول لان المشتري على غير ثقة من استقرار الملك فخالفت قوله تعالى (عن تراض) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم«لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة من نفسه»ولأن الاذية لا تدفع عن شخص بأذية آخر ، قال المصنف في البحر قلت عمومات خصها القياس على أصول آخر كالفسخ بالعيب والغرر ونحوهما مما شرع لدفع الضرر فلم يخالف كل الاصول . قال عليه المنار عبارة غير جيدة لانه ليس اثبات الشفعة بالقياس اذ ثبتت بالنص انما الغرض رد تعميم الخصم لمنافاة الشفعة بكل قياس لها وان خالفت قياسات فقد وافقت قياسات أخرى فكان حق العبارة ما ذكرنا . قلت تحصل من الكل انها قد وافقت أقيسة وخالفت أقيسة ، فالحاقها بأحد الامرين هو المفتقر الى الدليل ودليل ثبوتها النصوص النبوية ، وفي شرح الاثمار قال بعض المحققين هي ثابتة بالقياس الخفي اذ هي لدفع ضرر الخليط والجار ، وهو مراد من قال انها موافقة للقياس وهي مخالفة للقياس الجلي ، اذ هي أخذ مال الغير بغير رضاه وهو مراد من قال انها مخالفة للقياس .

(٣) **قوله** : وذلك تقييد لاطلاق الا أن تكون تجارة عن تراض، أقول : الا انه لا يخفى انه لا قصر للتقييد بالشفعة بل يلزم في كل ما عومل فيه الجار ان لا يشترط الرضا ممن عامله بوجود علة الجوار ، ثم لا يخفى ان المشفوع أخذها برضى البائع والشافع هو الذي أخذها كرهاً من يد المشفوع وليس هو الجار بل الجار =

(الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) ونحوه ، فكيف يكون التقييد مخالفاً للقياس ؟ ولان طلب مصلحة النفس بمفسدة الغير هو المخالف للقياس المعقول والمنقول .

وأما قول المصنف إنها كالرد بالعيب والغرر فقياس بلا جامع اذ نفوذ البيع مشروط بالتراضي لقوله تعالى (عن تراض) ولم يتحقق الرضا مع العيب والغرر بخلاف الشفعة فقد رضي البائع والمشتري ، ولا بد من عوض ﴿ **معلوم** ﴾ لا مجهول كما لو صولح من له ميراث مجهول بعين معلومة فأراد الشريك شفعة العين المعلومة فان الشفعة لا تثبت له ، وقال المنصور يستحقها بقيمتها كما تقدم لمالك في الموهوب والادلة الادلة بأنفسها ، ولا بد من ان لا يكون العوض غير ﴿ **مال** ﴾ كما أخذ في الدم والمهر والخلع خلافاً للشافعي لنا ان الواجب تسليم مثل الثمن ولا يمكن قالوا تعين مثل الثمن ممنوع بل الواجب القيمة ، قلنا لا قيمة للبضع ، قالوا ممنوع لان قيمته ـ مهر المثل وان سلم فالواجب قيمة الممهور نفسه كما في مجهول العوض رجوعاً بالمجهول الى مقابلة المعلوم ، والشفعة تجب في العين المذكورة ﴿ **على أي صفة كانت** ﴾ منقولة أو غير منقولة ممكنة الانقسام أو غير ممكنة ، اما غير ممكنة الانقسام كالبير والحمام الصغيرين فخالف فيه الشافعي رضي الله عنه ، لنا [١] أولوية الشفعة فيها لان القسمة ربما ازالت الضرر بخلاف ما لا ينقسم فالضرر ملازم وما أظن [٢] مثل هذا يصح عن الشافعي

= الشافع ، والا لما استحق الشفعة ولا أخذت بتجارة بينهما ، بل أخذت بحق الشفعة ، وبه تعرف عدم صحة كلام الشارح وانه لا اطلاق ولا تقييد .

(١) **قوله** : لنا أولوية الشفعة فيها ، أقول : ما لا يقسم اولى بثبوت الشفعة فيه مما يقسم اذ ما يقسم يزول الضرر الذي لاجله ثبتت الشفعة بقسمته بخلاف ما لا يقسم فلا يزول ضرره الا بثبات الشفعة فيه .

(٢) **قوله** : وما أظن مثل هذا يصح عن الشافعي ، أقول : قد صح عنه وصرح به اصحابه ففي الامداد شرح الارشاد وما لا تبقى منفعته المعتادة بعد القسمة وان بقي غيرها كحمام لا ينقسم حمامين لا شفعة فيه لما مر من ان علة ثبوتها دفع ضرر مونة القسمة واستحداث المرافق في الحصة الصائرة الى الشفيع كمصعد وتنور وبالوعة وهذا الضرر وان دفع قبل البيع لو اقتسما لكن كان من حق طالبه تخليص شريكه بالبيع منه فاذا لم يفعل سلطه الشرع على أخذه منه كما دل عليه قوله صلى الله عليه وآله وسلم في الخبر السالف فيما لم يقسم لاشعاره بقبوله القسمة اذ الصيغة بالنفي بلم تشعر بثبوتها كما يقال بالبصير لم يبصر كذا وللاكمة لا يبصر واستعمال أحدهما في الآخر انما هو للاحتمال قاله ابن دقيق العيد .

رضي الله عنه لكمال حذقه وعدم المستند له من نقل صحيح في ذلك ، وأما المنقول فخالف فيه زيد والفريقان ، لنا حديث ابن عباس رضي الله عنه عند الترمذي مرفوعاً ، الشفعة في كل شيء ، قالوا لا يصح وانما رفعه ابن ابي مليكه مرسلاً ، قلنا يغني عنه ما عند البخاري والترمذي ، وقال حسن صحيح من حديث جابر بلفظ «قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في كل ما لم يقسم» قالوا هو مخصص ببدل متصل عند مسلم وأبي داود بلفظ في كل شركة لم تقسم ربعة [١] أو حايط وفي رواية في كل شركة من أرض أو ربع أو حايط قلنا التخصيص بالبدل هنا من التخصيص بمفهوم الاسم وليس [٢] بحجة ، قالوا هو عند البزار بلفظ لا شفعة الا في ربع أو حايط وعند البيهقي من حديث أبي هريرة لا شفعة الا في دار أو عقار وكلاهما [٣] بلفظ الحصر والاكثر على انه من [٤] المنطوق قلنا التخصيص بمتصل أو منفصل يضعف به العموم فيصح القياس على المخرج والعلة فيه [٥] دفع الضرر فاذا وجدت في المنقول وجبت الشفعة فيه ولهذا قال المنصور لا تجب في المثلى لعدم الضرر فيه ، قلنا لا نسلم انتفاء الضرر في المثلى لان للجوار حقاً يحصل الضرر بمجرد اسقاطه لما تقدم من حديث حتى حسبته يورثه .

هذي فيما تجب فيه الشفعة وأما من تجب له فتجب ﴿ لكل شريك ﴾ ولا حاجة الى زيادة ﴿ **مالك** ﴾ لان الشريك لا يكون الا مالكاً ولكنه لما توهم ان مصارف الوقف

---

(١) **قوله** : ربعة أو حائط ، أقول : الربعة تأنيث الربع وهو المنزل وهو بفتح الرا والحائط البستان .

(٢) **قوله** : وليس بحجة ، أقول : في نهاية المجتهد عمدت الجمهور في قصر الشفعة على العقار ما ورد في الحديث الثابت الشفعة فيما لا يقسم فاذا وقعت الجدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، فكأنه قال الشفعة فيما يمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب ، وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به . قلت : وهذا من الغرائب مخالفة الفروع للاصول حيث اتفقوا على فرع واختلفوا في أصله وله نظائر .

(٣) **قوله** : وكلاهما بلفظ الحصر : أقول : لكنه ضعف البيهقي حديثه وقوله والاكثر على انه من المنطوق ذهب ايمة المعاني وابن الحاجب انه من المنطوق ولا يخفى انهم ليسوا بالاكثر .

(٤) **قوله** : من المنطوق ، أقول : وكأنه قال في كل ربعة وحائط ولا يخفى انه لا يخرج مما عدهما الا بمفهوم الاسم ايضاً ، والشارح وغيره لا يقولون به ثم هذا البدل من بدل البعض وكون المبدل منه مجاز عنه فيه بحث .

(٥) **قوله** : والعلة فيه دفع الضرر ، أقول : يأتي له قريباً منع ان العلة دفع الضرر ثم هذه العلة ليست منصوصة وانما هي من باب الاخالة .

يشتركون [١] في الغلة والمستأجرين والمستعيرين يشتركون في المنفعة أراد اخراجها بذكر المالك ولا تخرج لانه ينطلق [٢] عليها اسم المملوكة وانما [٣] خرجت بذكر العين فيما مضى وتلك باشتراط الاشتراك في الاصل كما سيأتي وأما رقبة الوقف فالمالك وان كان هو الله ولا يتضرر فتضرر الولي كاف على تسليم كون العلة هي التضرر وهو [٤] ممنوع لانها [٥] عادت على عموم النص بالابطال فتبطل والعلة انما هي [٦] أولوية الجار كما يدل عليه حديث «ما زال ربي يوصيني الجار حتى حسبته يورثه» .

---

(١) **قوله** : يشتركون في العلة ، أقول : لفظه في الغيث الثاني الموقوف عليه فانه لا يستحق الشفعة بالارض الموقوفة عليه . وأما الغلة فهي ملك للموقوف عليهم يصح فيها الشفعة فكلام الشارح وهم .

(٢) **قوله** : ينطلق عليها اسم المملوكة ، أقول : لا ينطلق عليها هنا لانه أراد المصنف ملك العين فخرجت المستعارة والمستأجرة قطعاً فكيف يقول الشارح لا يخرج ؟ فهذه منه مغالطة لان المستعير والمستأجر ملكوا المنفعة لا العين التي هي مراد المصنف .

(٣) **قوله** : وانما خرجت بذكر العين فيما مضى : أقول : قال المصنف في الغيث فان قلت فقد حصلت هذه الاحترازات بقولك في عين ملكت فما وجه التكرار ، قلت : ان ذلك قيد للمشفوع به وهو السبب . وبه تعرف انه لا غنية عن التقييد بذلك ولا نسلم ان الشريك لا يكون الا مالكاً فلا يغني اشتراط الاشتراك في الاصل ومؤلف الفتح والاثمار اتيا ايضاً بهذا القيد .

(٤) **قوله** : وهو ممنوع ، أقول : هنا الذي أشرفا اليك انه سيمنعه الا انه سيأتي له العود الى التعليل بها مراراً .

(٥) **قوله** : لانها عادت على النص بالابطال ، أقول : لم تعد عليه بالابطال والتعطيل بل غايته انها خصصت عمومه ولا ضير في ذلك اذا قام دليل التخصيص .

(٦) **قوله** : انما هي اولوية الجار ، أقول : الشفعة يأخذها الشفيع من يد المشتري وهو غير جار له والا لشاركه في الشفعة ، نعم اولوية الجار ملاحظة في جانب البائع ولذا أمر بمؤاذنته جاره لكنه غير علة أخذ الشفعة من يد المشتري فأخذها ما كان الا لدفع ضرره ، نعم ثبوتها في نفس الأمر للجار بحكمة رعاية حق الجوار وقد يقال أيضاً أخذها من يد المشتري هو باولوية الجار فيتم ما قاله الشارح .

قوله : والعلة انما هي اولوية الجار ، أقول : ففي الارض الموقوفة يثبت الجوار بين سكانها فتثبت الشفعة للجار ، ولا فرق بينها وبين المملوكة في ذلك .

قلت ولا بد [١] في ملك السبب من ان يكون ملكاً مستقراً فلا تثبت الشفعة في الصفقة الثانية بالصفقة الاولى مع طلب الشفيع فيهما وصحة الشفعة للاولى لان نفوذ ملك المشتري موقوف على بطلان شفعة الشفيع كما أن نفوذ ملك المشتري فيما بيع بخيار للبائع موقوف على ابطال البائع لخياره وأما أرض بيت المال فملاكها المسلمون فان كان المشتري من ملاك بيت المال فشراه استشفاع ليس للامام ان يشفعه لان [٢] المالك غير منحصر الا ان نقول المالك هو الامام وهو بعيد لانه انما يملك التصرف لا العين فهو وكيل أولي ، وأما اشتراط كون الملك ﴿ **في الأصل**﴾ أي ذات المبيع ونفسه فقد احترز به عن **مالك حق فيه كطريق أو ماء أو غيرز خشب** أو نحو ذلك ، وقد عرفناك ان مثل ذلك ليس من الشركة في العين وان كان من الشركة في منفعتها .

لكن لنا فيه بحث وهو ان المقصود من كل عين انما هو منفعتها ولا ملك في الحقيقة لغير المنفعة لأن معنى الملك الاختصاص باستحقاق التصرف في منفعة العين لا غير ، الا ان المنفعة قد تكون باستهلاك العين وقد لا تكون به فالشفعة في الحقيقة انما تثبت بملك المنفعة والاشتراك انما كان فيها ، ولهذا لا يجب قسمة العين حيث تضرها القسمة كالسيف ونحوه لحصول قسمة المقصود وهو المنفعة بدون قسمة العين ، واذا كان الاشتراك في الحقيقة انما هو في المنفعة وجب[٣] ان تثبت الشفعة في الحقوق كما يصح بيعها بالاجارة وتمليكها بالاعارة ودعوى كون

---

(١) **قوله** : ولا بد في ملك السبب ان يكون ملكاً مستقراً فلا تثبت شفعة الصفقة الثانية بالصفقة الاولى الى آخر كلامه ، أقول : استدل بما ذكره من زيادة قيد استقرار الملك بالقياس على نفوذ ملك المشتري فيما شراه بخيار على ابطال البائع لخياره ولا يخفى الفرق بين الامرين فان الصفقة الاولى قد ملكها المشتري ملكاً محققاً مستقراً حتى صح طلب الشفعة فيها من الشفيع فانه لا شفعة الا في عين مملوكة بخلاف بيع الخيار فانه بيع موقوف على امضاء من له ذلك وهو واضح فلا يتم ما قاله من انه لا بد من التقييد فتأمل .

(٢) **قوله** : لان المالك غير منحصر ، أقول : فلا يكون شراء الاول استشفاعاً على هذا للعلة هذه بعينها فترتفع الشفعة من أرض بيت المال بالكلية ويخص به عموم نصوص الا ان قوله فهو وكيل أو ولي يقال قد أثبت للولي الشفعة في رقبة الوقف زاعماً ان تضرره كاف بعد تسليمه ان العلة التضرر فتثبت للامام بالولاية .

(٣) **قوله** :وجب أن تثبت الشفعة بالحقوق كما يصح بيعها ، اقول هذا هو الظاهر وليس على خلافه دليل .

بيعها مخالفاً للقياس لأنه بيع معدوم مبني على ان الأصل والقياس عدم صحة بيع المعدوم ، وذلك ممنوع ، كيف[١] والنهي دليل الصحة قبل النهي اتفاقاً وبعده[٢] ايضاً عند الحنفية ، وأما قول المصنف انه لا ضرر على صاحب الحق والشفعة انما شرعت لدفع الضرر فممنوع[٣] لتفاوت المالكين في حفظ حقه وتسليمه بحيث يفتقر بعضهم الى خصام أو غيره ، ومن هذا تعلم قوة ما في[٤] حواشي المهذب من نسبة صحة الشفعة بها الى ايمة أهل البيت عليهم السلام ، ثم قد تكون المنفعة الواحدة مشتركة بين اثنين لحق لهما في مضي مائهما المشترك بينهما في أرض غيرهما وقد تكون المنفعتان متجاورتين لا مكان اجتماع منفعتين في عين واحدة لا كعينين في حيز واحد فتكون المنفعتان حـ متجاورتين لحلولهما كلتيهما في العين الواحدة فتشفع كل واحدة اختها بالجوار ، واما قوله .

﴿ثم﴾ الشريك في ﴿ الشرب ثم الطريق ﴾ فقد دخلا في الشركة في الأصل اذ

---

(١) **قوله** : كيف والنهي دليل الصحة قبل النهي اتفاقاً ؟، أقول : قد اعترض الشارح هذه العبارة في شرح الفصول حيث قال مصنفه واختلفوا هل يدل على صحة المنهى عنه شرعاً قبل النهي أو لا ، فقال الشارح تقييد المصنف بهذا القيد اخرج المسألة عن محل النزاع لأن المتنازع فيه هو الصحة بعد النهي ولا نزاع في الصحة قبل النهي انما النزاع في الصحة بعده . واذا كان لا نزاع فيه فلا يقال هو دليل الصحة اتفاقاً كما هنا فان الشيء قبل وجوده لا يثبت له حكم ولا يثبت به حكم، فكيف يقال هو قبل وجوده دليل ؟ وان أراد انه كاشف بعد وجوده على ان ما وقع قبله صحيح ، فما أقل جدوى هذا الكلام .

(٢) **قوله** : وبعده عند الحنفية، اقول : ويظهر انه اختياره اي الشارح كما في مختصره في الأصول الا انه مسلم ان الشارع بالنهي عنه طالب لتركه ، ولفظه في شرح الفصول بعد تقريره دلالته على الصحة والنهي انما يدل على طلب ترك ذلك الصحيح . فيقال اذا وقع التسليم على طلب تركه فهو المراد سواء كان صحيحاً أو فاسداً فتأمل ، فانه لا يبقى للخلاف ثمرة ، اقول : يقال بل تظهر فائدة الخلاف فيما اذاقضى صوماً عليه في يوم نهى عن الصوم فيه هل يسقط عنه الطلب مع الاثم ام لا ؟

(٣) **قوله** : فممنوع عدم تضرر الشريك في الحق ، اقول : هذا كلام قويم وهو الحق لدليله ولك ان تقول لا نسلم ان الحق معدوم بل هو عند البيع موجود الاستحقاق ولا يزال يتجدد كل حين فهو شبيه ببيع المقاثي ونحوها .

(٤) **قوله** : في حواشي المهذب الخ ، اقول : هذا منقول من الغيث وفيه ايضاً انه مذهب المنصور بالله وقواه الفقيهان .

المراد الطريق والشرب اللذان هما جزء المبيع بأن يكونا مملوكين للبائع ، والشفيع لا مجرد حق لهما فيهما ، والا لزم اثبات الشفعة في الحقوق وبها فالشريك اذن فيهما شريك في الأصل غاية الأمر ان لا يكون شريكاً الا في جزء الأصل لا في كله فلو قال لكل شريك في كل[1] الأصل أو بعضه لشمل ذكر البعض الطريق والشرب أيضاً ، فأما خصوصية الشرب على الطريق فذهب ابو حنيفة واصحابه ان لا فرق بينهما ، قال المصنف[2] قلنا الشرب يجمع حقين حق الماء وحق المجرى والطريق حق واحد ، ثم ان لشريك الطريق فتح ابواب اليها بخلاف شريك الشرب فليس له فتح فوهة الى ارضه غير معتادة . يريد حق المجرى وحق الماء ، الحق فيهما وهو غفلة عن كون الماء نفسه لا يملك على اصل الهدوية ، وانما المملوك هو المقر والممر فهو طرد في سبب الشفعة ، غاية الأمر ان يثبت فيه حق والحقوق لا تكون سبباً للشفعة عنده .

نعم يتجه ذلك على قول المؤيد بأن الماء يملك أو على القول بأنه يصير بتحجره للمقر والممر حقاً وان الحقوق تكون سبباً للشفعة ، ثم قوله ان لشريك الطريق فتح ابواب الى آخره وجه قوة للطريق لا وجه ضعف لأن عموم التصرف دليل قوة الملك لا دليل ضعفه ، قالوا اذا عرفت ان لا شفعة بنفس الماء عرفت أن ليس هناك الا طريقاً للماء أو لغيره، ثم عقد البيع متناول للمبيعة وقدر نصيبها[3] من الطريق صفقة واحدة مع اتصالهما فيستحق كل من

---

(١) **قوله** : ـ في كل الأصل أو بعضه ، أقول : هذا سهل فيه فقد حصر الحنفية الأسباب في سببين الخلطة والجوار فرجعوا بالشرب والطريق الى الخلطة كما في الكنز تجب للخليط في نفسي المبيع ثم في جزء المبيع كالشرب والطريق ، ثم الجار الملاصق واليه آل كلام الشارح أخيراً .

(٢) **قوله** : ـ قال المصنف الخ ، اقول قال عليه المنار اما الترتب فيحتاج الى دليل ولا يلزم من قوة احد السببين الترتيب ، غايته ان فيه نوع مناسبة لكنه لا يكفي انما هي وجه حكمة الاعتبار بعد ثبوت الدليل .

(٣) **قوله** : ـ وقدر نصيبها من الطريق ، اقول كما لو بيعت دار في زقاق مسنده فالشفعة لمن خلفها الى داخله لا الى خارجه لانقطاع حقه ، هذا للهادي ، وقال الناصر ومن ذكره الشارح معه بل يستويان ومثله طريق الشرب ولا شك ان أول الطريق مشترك بين الثلة الداخلي والأوسط المبيع والخارجي فالكل خلطا في أول الطريق ثم انقطع حق الخارجي عند انتهاء بابه وبقي الاشتراك بين الوسطى والداخلي في مسلك الطريق التي قبل المبيعة الى انتهاء بابها ، ثم يستقل صاحب الداخلي بالطريق الى داره وبعد معرفة ان الثلاثة مشتركون في اصل الطريق فيستحق الخارجي والداخلي الشفعة للوسطاء لاشتراكهم في الطريق ، واما زيادة الداخلي بالخلطة فما يتم سبباً الا أن لوحظ كثرة السبب وقلته هذا تقرير مراد =

الشفعاء[1] الشفعة في الجميع لعدم صحة تفريق الصفقة في المبيع المتصلة اجزاؤه كما قواه المصنف وغيره وذلك موجب لاستوائهم كما ذهب اليه الناصر والمرتضى والامام يحيى وأبو حنيفة واصحابه وقول للمؤيد قلنا للأسفل زيادة اختصاص لانقطاع حق الأعلى عما بعد المبيعة بخلاف حق الأسفل فهو باق في الممر الذي في المبيعة ، قالوا انما بقي له ملك مجاور للمبيعة وان كان مخالطاً لما اختصت واياه به من الممر الكائن فيها فانما ذلك جوار للمبيعة ولا يعتبر مع الخلطة المشتركة في الممر ، قلنا اختص الأسفل بخلطة الذي في المبيعة ، قالوا لا تأثير لكثرة النصيب في السبب المتحد.

قلت : ـ ويستلزم ذلك ان لا يختص الخليط في المبيعة بالشفعة لاشتراك الجميع في الخلطة ويعلم من ذلك ان لا سبب[2] الا خلطة او جوار ، ولا محيص[3] عن الاستواء الا بما ذهب اليه أبو طالب والامام يحيى من ان كثرة السبب وتعدده يوجب الاختصاص لأن الكثرة مرجحة كما في تعدد الأدلة ، وقواه المصنف مسنداً لذلك الى ان ضرر ذي السبب الأكثر أكثر فأشبه الخليط مع الجار.

= الشارح الا ان قوله عما بعد المبيعة قياسه قبل المبيعة اذ ليس بعدها الا ما يختص بصاحب الداخلي ، وقوله انما ذلك جوار للمبيعة بل هو ملك لاختلاطهما كما قررناه وهي التي اختصت به هي والمبيعة بعد انتهاءحق الخارجي وقد رجع الى الصواب حيث قال اختص الأسفل الخ فانه اختص الأسفل في الطريق المبيعة بعد الحكم بالشفعة له وللأعلى بنصف الطريق وربعها نصفها بملكه الأصلي لها حتى كانت مشتركة بينه وبين بائع الوسطاء وربعها بالشفعة بينه وبين الأعلى وله من أصل الطريق المشفوع بها المشتركة بين الثلاثة الثلث اصالة ونصف ثلث الثلث المشفوع فهو قبل الشفعة اكثر نصيباً من صاحب الأعلى هذا تقرير انه اكثر نصيباً في ملك الطريق ، الا انه لا يخفى ان في أصل الطريق التي بها تثبت الشفعة له ولصاحب الأعلى مستويان لكل منهما ثلث الطريق .

(١) **قوله** : ـ فيستحق كل من الشفعاء ، أقول : الأوضح على تقريره ان يقول كل من الخلطا .

(٢) **قوله** : ـ ان لا سبب الا خلطة أو جوار ، اقول : هذا هو التحقيق اذ الطريق والشرب السبب فيهما الخلطة كما قرره آنفاً على مقتضى كلامهم .

(٣) **قوله** : ـ ولا محيص اقول ، هو كما قال في المنار انهم قالوا ان الاشتراك في النهي والصبابة اي في ملك ارضهما يوجب الشفعة لهما جميعاً فلم يشترطوا ان يكون الجبر المشترك متصلاً بالأرض المبيعة مثلاً فيتفرع على هذا استواء الأعلى والأسفل في الشرب وداخل الزقاق وخارجه فتأمل . والشارح قد تعجل هذا البحث والا فمحله بل بخصوصه .

قلت : ـ الا ان الضرر على الأعلى وان قل سببه اكثر اذ يستطرق الأسفل ملكه استطراقاً زايداً[١] على ما كان له قبل الشفعة بخلاف ما لو جعلنا الشفعة للأعلى فانه لا يستطرق ملك الأسفل لانقطاع حق المبيعة المتوسطة بينهما عن الأسفل فيكون الأعلى حينئذ احق بالشفعة ما تحته سوى شفعها يحق لها عنده أو ملك ومثل ذلك يجري في دور الزقاق المنسد لأن الأدخل بمنزلة الأسفل والأول بمنزلة الأعلى الا ان لا نحكم بأولوية الأعلى هنا بل نسوي بينهما ، وهذا هو الذي[٢] نراه والله الموفق ﴿ **ثم** ﴾ اذا لم يكن هناك خلطة ولا شرب ولا طريق او كان شيء من ذلك لكن لم يطلبها الأخص فان ﴿ **الجار الملاصق** ﴾ يستحقها .

وقال علي رضي الله عنه وعمر وعثمان وابن المسيب وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وربيعة ومالك والشافعي واحمد واسحاق والعنبري والإمامية لا يستحقها الا الخليط ، لنا حديث الجار احق بصقبه[٣] ، البخاري وأبو داود والنسائي من حديث ابي رافع مرفوعاً وهو عند النسائي من حديث الشريد والجار أعم من الخليط .

قالوا مخصوص[٤] بحديث جابر رضي الله عنه « قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » قلنا اعله الطحاوي

---

(١) **قوله** : ـ زايداً على ما كان قبل الشفعة ، اقول : هو الاستطراق الذي كان يستحقه البائع انضم اليه وهو لا يقتضي اولويته بالشفعة بل غايته بعد الاختلاط في أول الطريق يستويان في استحقاق الشفعة كما قرره آنفاً .

(٢) **قوله** : ـ وهو الذي نراه ، اقول قد تحصل من اختياره احقية الأعلى على الأسفل في الأراضي واستوائهما في الدور ولم يتم ذلك إلا بالحكم بزيادة ضرر الأعلى ولا يتم الا بعد تسليم ان العلة هي الضرر وتقدم له منع ذلك غير مرة ، ولا يخفاك انه لم يذكر دليل التفرقة بين الدور والأراضي .

(٣) **قوله** : ـ بصقبه بالمهملة فقاف فموحدة تحتية القرب يقال صقبت داره بالكسر أي قربت ، والسقب بالسين المهملة مثله ، قال ابن الأثير ومن لا يثبت الشفعة بالجوار يأوله بالخليط ، ولا ريب ان الخليط يسمى جاراً وان الجار الملاصق يسمى ايضاً جاراً بل هو في العرف الآن يختص به كما يختص الأول بالخليط واذا كان كذلك حمل الحديث على عموم المشترك فيشملهما لولا ما عارضه من حديث فاذا وقعت القسمة .

(٤) **قوله** : مخصوص بحديث جابر ، اقول : فيكون المراد الجار المخالط لا غيره وحمله عليه بعيد ، قال في المنار بعد سياق الأحاديث من الجانبين ما لفظه قصاراً هذه الروايات كلها اثبات الشفعة للشريك من =

بأن الحفاظ من اصحاب مالك أرسلوه ، قالوا له طرق موصولة منها عن الشافعي عن سعيد بن سالم عن ابن جرير عن أبي الزبير عن سالم ووصله عن مالك ابن الماجشون وأبو عاصم

= دون تعرض للجار لا بمنطوق ولا مفهوم والمفهوم الحصري الذي توهموه انما هو فيما قبل قسمة المبيع بين المشتري والشريك فمدلوله ان القسمة تبطل الشفعة وهو صريح راوية البخاري واحمد وابي داود وابن ماجة التي قدمناها انما جعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم الشفعة في كل مال لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . قلت : والى العمل بالحديث ذهب أهل المدينة فقالوا لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وجه الاستدلال انها اذا وقعت الحدود فلا شفعة واذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي احرى ان لا تجب للجار فان الشريك المقاسم هو جار أفاده في النهاية ، ويدل لهذا التفصيل ما أورده اهل السنن الأربع من حديث عبد الملك بن أبي سليمان العرزمي عن عطا عن جابر بن عبدالله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائباً اذا كان طريقهما واحداً » . وهو حديث صحيح ، وقد قال يحيى بن معين انه حديث لم يحدث به الا عبد الملك ، فأنكر الناس عليه ولكنه ثقة صدوق لم يتعرض له احد بجرح البتة وأثنى عليه ايمة زمانه ومن بعدهم . قلت وانما انكر عليه هذا الحديث من انكر ضناً منهم انه يخالف الحديث الصحيح اعني حديث جابر الشفعة «فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » والتحقيق انه ليس بين الحديثين تعارض بل مفهوم حديث جابر الذي رواه العرزمي هو بعينه منطوق حديثه الآخر الذي بلفظ فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، فأحدهما يصدق الآخر ويوافقه لا يعارضه وكلاهما عن جابر ، فقوله اذا كان طريقهما واحداً انما يكون قبل وقوع الحدود وتصريف الطرق فانها اذ صرفت الطرق أي تميزت طريق كل شريك او جار عن طريق الآخر لم يكن طريقهما واحدة فلم يبق للجار حق يستحق به الشفعة ولا ضرر يلحقه فالجار يستحق الشفعة اذا كان طريقها واحدة ولا يستحقها اذا انفرد كل بطريق، وهذا مذهب اهل البصرة وأحمد بن حنبل ، وقالوا المعنى الذي وجبت به الشفعة في الملك موجود في الخلطة في الحقوق ، وقد ألم به الشارح والأحاديث المطلقة مثل جار الدار احق بالدار والجار احق بصقبه ، مقيدة بحديث اذا كان طريقهما واحداً فان حمل المطلق على المقيد اذا كان الحكم واحداً هو القاعدة الأصولية ، وقد أطلت البحث في ذلك في رسالة سميتها التحقيق في الأخبار في شفعة الجار ، وعسى ننقل هنا ما خلاصته فيها فهي جواب عن سؤ ال بسطت فيه المقال ، والمصنف استدل للنفاه بحديث لا شفعة الا للشريك ، قال المنار لم اجد هذا حديثاً بعد البحث التام ، والمخرج سكت كعادته ، وأقول لا يخفى قوة نفي شفعة الجار ولا اصلح في ذلك من قوله اذا وقعت الحدود الخ والأصل عدم وجوبها ، واما عموم ثبوت حق الجار وانه صلى الله عليه وآله وسلم توصى فيه فعام خصه فيما إذا وقعت الحدود ونحوه.

وغيرهما بذكر أبي هريرة فيه ووصله الشافعي أيضاً عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر، قلنا قال أبو حاتم عندي أن قوله فإذا وقعت الخ مدرج من قول جابر.

قلت [١] ويدل على ذلك ان مسلما لم يخرج الزيادة قالوا معناها هو معنى ما لم يقسم ، قلنا مفهوم عارضه عموم منطوق قالوا العموم يخصص بالمفهوم وبالقياس ، فان الشفعة لرفع الضرر ولا ضرر على جار لم يشارك في أصل ولا طريق ، قلنا حديث حتى حسبته يورثه كافٍ ، ولأنا لا نسلم عدم مشاركته في الأصل فانا اشترطنا الملاصقة وبينهما جزء[٢] مشترك ، وتجب الشفعة ﴿ **وان ملكت** ﴾ اسبابها الأربعة المذكورة ﴿ **بفاسد** ﴾ من العقود وقال القسم والحقيني وابو العباس لا شفعة بفاسد .

قلت : ـ أما القسم فبناء على أصله الماضي في عدم جواز الدخول في الفاسد والحرام لا يكون وسيلة الى حلال، واما الحقيني وابو العباس فاحتجا بأن منع الشفعة به اجدر من منع الشفعة فيه لأن عدم قرار السبب يوجب عدم قرار المسبب بخلاف العكس ﴿**أو فسخ**﴾ السبب الفاسد ﴿ **بحكم بعد الحكم بها** ﴾ أو تسليمها طوعاً ايضاً لما تقدم من صحة كل ما ترتب على الفاسد وان بطل في نفسه بعد ذلك ، وقيل هذا انما يستقيم فيما اذا فسخ بالتراضي لأنه فسخ للعقد من حينه ، اما اذا فسخ بحكم فهو فسخ للعقد من أصله فيصير بذلك كالباطل لا ترتب عليه ثمرة له ولا يرتضيه[٣] المصنف .

---

(١) **قوله** : ـ قلت ويدل على ذلك ان مسلماً لم يخرج الزيادة ، اقول هذه قرينة والا فقد يقتصر بعض الأيمة على سرد بعض الحديث وقد ذكر هذا في كتب الأصول .

(٢) **قوله** : ـ وبينهما جزء مشترك ، أقول : في المنار انهم بالاشتراط هذا رجعوا بالجوار الى خلطه خاصة هي اشتراك في جزء من المبيع ، قلت فلم يبق جار في الوجود الا الخليط فضاعت المقاولة والحق ان بعد قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انه لا شفعة للجار وان كان له جزء مشترك فبعد تعين الطرق لا شفعة بالنص والقول بأنه مدرج خلاف الأصل ورواية في كل مال لم يقسم تؤيد الرفع الذي هو الأصل، فدعوى الادراج تفتقر إلى الدليل، وقد أخرج أبو داود من حديث أبي هريرة مرفوعاً بلفظ اذ قسمت الأرض وحددت فلا شفعة فيها وهو دليل لعدم الادراج .

(٣) **قوله** : ـ ولم يرتضه المصنف ، اقول فانه قال في الغيث فان قلت اليس الفسخ بالحكم يكون نقضاً للعقد من أصله حتى كان لم يكن فهلا بطلت الشفعة؟ قلت: قد ذكر الفقيه ع ان القياس بطلانها لهذه العلة ،لكن الصحيح ما ذكره الفقيه ح وأبو مضر ، وذلك لأن الحكم بالشفعة لا ينقض الاَّ بأمر قطعي ، وفي الناس من لا يقول ان حكم الحاكم نقض للعقد من أصله .

قلت : لان حكم الحاكم لا يثبت له ثمرة الا فيما تعقبه لان الدخول فيه كان على وجه صحيح في الاجتهاد للاجماع على جواز الدخول فيه ان صح الاجماع والا فللاجتهاد أو التقليد فلا وجه للقول بأن الحكم يرفع ثمره الصحيح حين هو صحيح فان هذا وهم يتابع فيه القاصرون لجهلهم ان الحكم [١] مانع وعروض المانع لا يرفع المقتضي ، وانما يمنعه من استمرار يجابه مقتضاه ﴿ **الا** ﴾ ان الشفعة لا تثبت ﴿ **لكافر على مسلم** ﴾ في غير المنقول ﴿ **مطلقاً** ﴾ أي سوى كان في خططنا او في خططهم أيله [٢] وعمورية وفلسطين ونجران وقال المؤيد والفريقان تثبت للذمى على المسلم ، لنا (ولن يجعل الله للكفرين على المؤمنين سبيلاً) .

واجيب بأنها لدفع الضرر وضرر الذمى لا يجوز لحرمة الذمة ، والآية مخصوصة بما لا نهاية له مؤولة بسبيل غير مشروع أما المشروع فخطاب [٣] الشرع متعلق بالكافر له وعليه لا سيما خطاب الوضع والا لما لزم المسلم أرش جنايته ولا تسليم ثمن مبيعه ولا نحو ذلك ولا قائل به ، وأما قول المصنف انه لا سكنى لهم ولا تملك فانما ورد الدليل على ذلك في جزيرة العرب كما تقدم تحقيقه ، ويأتي ان شاء الله تعالى ، فالقياس تقييد نفي الشفعة لهم بفي ، جزيرة العرب الحجاز ايضاً كما قصر المصنف وغيره الجزيرة عليه على ان تملكهم وسكناهم فيها أمر مستقر الآن ، فان كان ذلك حقاً فلا وجه لقول المصنف لا سكنى لهم ولا تملك ، وان كان

---

(١) قوله : ان الحكم مانع ، أقول : أي عن استمرار العقد وعروض المانع وهو الحكم بالفسخ لا يرتفع المقتضي وهوصحةالدخول في الفاسد،وانمايمنعه من استمرارأي من استمرارثمرته والا فقديقضي الدخول في العقد ولم يبق الا ثمرته فرفعها الحكم وهذا تعليل حسن غير ما علله به المصنف .

(٢) قوله : ايله وعمورية وفلسطين ونجران ، أقول : لم يستدل على حصر خططهم فيما ذكرنا ولا فيما يأتي في السير ثم يقال ان أريد بها ما أذن لهم في سكونها فهي كل بقعة غير جزيرة العرب وأن أريد غيرها فلا بد من الدليل على تخصيص هذه المواضع ، فاذا لم يقم دليل فهم داخلون تحت احكام المسلمين اذا ترافعوا حكم لهم وعليهم بها ، والادلة خصت جزيرة العرب بأنهم لا يسكنونها وح فلا شفعة لهم فيها لا على مسلم ولا على بعضهم لبعض ، وأما غير جزيرة العرب فهم داخلون في عموم الاحكام فتثبت لهم على مسلم وكافر ، والآية كما قال الشارح والمنار قد أشار الى شيء من هذا ، وأما حديث لا شفعة ليهودي ولا نصراني فليس له في كتب الحديث المعتبرة وجود .

(٣) قوله : فخطاب الشرع يتعلق بالكافر له وعليه ، أقول : هذا كلام صحيح ووجه ليله صبيح .

باطلاً فقد أخل الايمة بواجب وسكتوا على محظور ، وقد حققنا [١] الكلام في ذلك في رسالة منفردة ﴿ **أو** ﴾ لكافر على ﴿ **كافر في خططنا** ﴾ وقال المؤيد والفريقان لبعضهم الشفعة على بعض كما هي لهم في خططهم بالاجماع ، وهي أدلة وجوابات كالتي قبلها ﴿ **و** ﴾ الاسباب المذكورة وان ترتبت في الاولوية فانه ﴿ **لا ترتيب في الطلب** ﴾ بل الجار يطلبها حال العلم وان كان هناك من هو أولى منه والا بطلت عليه بالتراخي حيث لم تتم لمن هو أولى منه وقيل اذا تركها لظنه طلب من هو اولى منه لم تبطل لما سيأتي من ان من تركها لامر فارتفع او لم يقع لم تبطل وهو الحق ﴿ **و** ﴾ اذا كان لاحد الشفعاء سببان أو أكثر وللآخر سبب واحد فانه ﴿ **لا فضل** ﴾ أي لا يستحق ذوي السببين زيادة في الشفعة ﴿ **بتعدد السبب** ﴾ المختلف الذي هو له بل يستويان خلافاً لابي طالب والامام يحيى وقواه المصنف كما تقدمت الاشارة الى دليله ﴿ **و** ﴾ كذا لا فضل بسبب ﴿ **كثرته** ﴾ أي كثرة السبب المتحد كصاحب بيتين مع صاحب بيت [٢] وكجار من جهات مع جار من جهة ونحو ذلك ﴿ **بل** ﴾ انما يستحق ﴿ **بخصوصه** ﴾ أي خصوص السبب أي بكونه أخص من سبب الآخر كخلطة مع شرب أو شرب مع طريق او طريق مع جوار كما تقدم في الترتيب ﴿ **و** ﴾ الشفعة ﴿ **تجب بالبيع** ﴾ بمعنى انه سبب لاستحقاق الطلب لا لاستحقاق المطلوب لانه ربما وجد مانع من استحقاق المطلوب كطلب من هو أولى أو حصل انتفاء شرط كالطلب نفسه ﴿ **و** ﴾ انما ﴿ **تستحق** ﴾ [٣] الشفعة التي هي المطلوب ﴿ **بالطلب** ﴾ الذي هو شرط لاقتضاء المقتضى فان البيع وهو المطلوب لا يحصل الا بحصول المقتضى وحصول شرطه وانتفاء مانعه .

وعندي ان وجوبها بنفس السبب كالميراث يستحق بنفس القرابة والزوجية ، وانما الموت شرط والعقد مثله ولهذا لا يحل للبائع ان يبيع حتى يؤذن شريكه ، كما لا يصح من المورث ان يوصي باكثر من الثلث ، وانما البيع شرط لاستحقاق الطلب والطلب انما وجب في

---

(١) **قوله** : وقد حققنا الكلام في ذلك في رسالة منفردة ، أقول : يأتي تحقيق ذلك ان شاء الله تعالى في السير ويأتي لنا ان قصرهم لجزيرة العرب على الحجاز باطل .

(٢) ثلثين مع صاحب ثلث تمت .

(٣) **قوله** : وتستحق بالطلب ، أقول : الاستحقاق ثبوت الحق وهو معنى قوله يجب فيلزم ان يتحد متعلق البيع والطلب فالأولى وتضيق بالطلب أي يضيق على المشتري تسليمها بالطلب كما أنها تجب عليه بالبيع وفيه شيء

المبيع لئلا يكون الظاهر مع عدمه هو التراخي المبطل لها ، الا انه شرط للاستحقاق فيكون المشتري بعد ذلك متعدياً بتصرفه فيها لانها تكون في يده كالمبيع في يد البائع قبل توفير الثمن ﴿ **وتملك** ﴾ أي يستقر ملكها والا فالاستحقاق هو الملك نفسه لكن لا يستقر الا ﴿ **بالحكم او التسليم** ﴾ لها ﴿ **طوعاً** ﴾ لانها قبل أحدهما في معرض السقوط بظهور انتفاء المقتضى أو شرطه من الطلب الفوري ، أو وجود مانعه فلا يتحقق انتفاء السقوط الا بأحد الامرين فيضمن المشتري ح رقبتها وفوائدها الحادثة بعد الحكم أو التسليم .

فصل

﴿ **و** ﴾ **الشفعة** ﴿ **تبطل بالتسليم** ﴾ من الشفيع أي بإبطاله لها ﴿ **بعد البيع** ﴾ لا قبل ذلك لانه لم يثبت له حق وإبطال شيء فرع ثبوته .

قلت لكن ما في حديث ابن عمر من قوله صلى الله عليه وآله وسلم «لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكه» ظاهر في انه بعد الايذان سقط [1] حقه وإن كان قبل البيع لان حقه بالاصالة انما هو على البائع لا على المشتري ، وانما الذي على المشتري تسليمها له ، فاذا أبطلها قبل البيع كان ابطاله كاجازة الوارث للوصية قبل الموت اسقاط حق يمتنع الرجوع فيه بعد البيع كما يمتنع الرجوع بعد الموت عن الاجازة الصادرة قبله ، كما سيأتي في الوصايا ان شاء الله ﴿ **وإن جهل تقدمه** ﴾ على ابطاله لها كمن أبرى من دين ظاناً عدم استحقاقه له فانكشف مستحقاً قبل الابراء لكن هذا انما يتمشى على القول بأنها انما تستحق بالطلب ﴿ **الا** ﴾ ان

فصل وتبطل بالتسليم

(١) **قوله** : سقط حقه وان كان قبل البيع ، أقول : الحديث أفاد وجوب الايذان على البائع وكأنه أخذ سقوط الحق من مفهوم فان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به فان مفهومه سقوط حقه ان أذن وفي الامداد شرح الارشاد انه لم يصر الى ذلك أكثر الشافعية ، وقال بعض المحققين ان من لم ير سقوط الشفعة قبل البيع قال هو تقديم للحكم على سببه وليس ما قاله بصحيح بل هو اسقاط لحق كان معرض الثبوت ولكن صاحبها رضي باسقاطها لانه يكون البيع سبباً لأخذه بها فالحق قد أسقطه وقد دل الحديث على سقوطها قبل البيع ، وقد صار هذا كما لو أذن له في اتلاف ماله وأسقط الضمان عنه قبل الاتلاف فانه لا يضمنه اتفاقاً ، فهذا موجب النص والقياس . وكأنه يريد بالنص ما ذكره الشارح وقد قدمنا كلامه وأخترنا سقوط الشفعة بعد الايذان .

يتركها الشفيع للمشتري ﴿ **لأمرٍ** ﴾ منعه عن أخذها كغلاء ثمنها أو فساد عقدها ﴿ **فارتفع** ﴾ ذلك المانع بأن حط البائع من الثمن أو حكم الحاكم بصحة الفاسد .

قلت : **أما التسليم** لفساد العقد فاضراب مسقط بنفسه لانهم وان قالوا لا تجب بالفاسد فلم يقولوا لا تجوز به لان التملك بالفاسد جائز ﴿ **أو** ﴾ يتركها لأمر ظنه واقعاً فانكشف انه ﴿ **لم يقع** ﴾ كان يظن زيادة في الثمن على القيمة فانكشف انه بها أو دونها أو ظن أن المشتري من يحابيه فانكشف أنه من يعاديه لكن بشرط أن يستند ذلك الظن الى خبر يجب العمل عليه كما سيأتي في الغائب لا لو استند الى مجرد وهم فان وقوفه مع الوهم تراخ مبطل ﴿ **و** ﴾ تبطل ﴿ **بتمليكها الغير** ﴾ قبل الحكم بها أو التسليم لان ذلك من الاضراب عن تملكها ﴿ **ولو** ﴾ ملكها الغير ﴿ **بعوض و** ﴾ ذلك العوض ﴿ **لا يلزم** ﴾ المتملك لها قالوا لأنه في مقابلة بيع حق ، وبيع الحقوق لا يصح الا أنه لو قبضه بائعها ثم تلف لم يجب عليه رد بدله لأنه مباح بعوض فاسد ، وقد عرفت ما قدمناه لك في منع بيع الحقوق ﴿ **و** ﴾ تبطل ﴿ **بترك** ﴾ الشفيع ﴿ **الحاضر الطلب** ﴾ لها ﴿ **في المجلس** ﴾ أي مجلس علم الشفيع بالبيع وان طال وقال المؤ يد وقول للشافعي تبطل حال العلم فقط اذ لا معنى للفور الا ذلك ، وقال مالك وقول للشافعي لا تبطل بذلك لأنها على التراخي ، فقال [١] مالك الى سنة وقول للشافعي الى ثلاث ليال وقول له الى الأبد، لنا ما عند ابن ماجه والبزار من حديث ابن عمر مرفوعاً لا شفعة لغائب ولا لصغير ، والشفعة كحل العقال ، قالوا من رواية محمد بن الحرث ضعفه ابن عدى عن محمد بن عبد الرحمن السلماني [٢] - البيلماني - وهو يحدث بالمناكير حتى قال ابن حبان لا أصل له ، وقال أبو زرعة منكر وقال البيهقي ليس بثابت ، قلنا قد ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي بلفظ الشفعة لمن واثبها [٣] وفي رواية كنشطة عقال

---

(١) **قوله** : فقال مالك الى سنة ، أقول : في نهاية المجتهد أختلف قول مالك في هذا هل الوقت محدود ام لا ، فمرة قال هو غير محدود وأنها لا تنقطع ابداً الا ان يحدث المبتاع بناء أو تغييراً بمعرفته كثيراً وهو عالم حاضر ساكت ، ومرة حدد الوقت فروى عنه سنة وقيل أكثر من سنة . ولكن في مختصر الطحاوي ان هذا التقدير للاوقات انما هو اذا تراخى بعد الطلب .

(٢) **قوله** : البيلماني ، أقول : بفتح الموحدة فمثناة تحتية بعد الالف نون ضعيف واتهمه ابن عدى وأبن حبان .

(٣) **قوله** : واثبها بالمثلثة فالموحدة من المواثبة بادر اليها كأنه يثب اليها وتثب اليه .

ان قيدت ثبتت والا فاللوم على من تركها قالوا ذكرة بلا اسناد ، قلنا حكاه عبد الحق عن ابن حزم قالوا [١] تعقبه ابن القطان بأنه لم يجده لابن حزم في المحلى ، ثم لم يذكر عبد الحق اسناد ابن حزم له ولا تصحيحه ، قلنا اخرجه عبد الرزاق عن شريح وذكره قاسم بن ثابت في دلائله من قول شريح ، قالوا ليس بحجة ، قلنا الجميع يدل [٢] على ان له اصلاً في الجملة قالوا لا يثبت به تقييد مطلقات أدلة ثبوت الشفعة ، قلنا انما شرعت لدفع الضرر ودفع الضرر لا يختص بالشفيع بل المشتري يتضرر بالتغافل عن الشفعة لما يعوقه تراخيها من التصرف في المبيع فلا مرجح لدفع ضرر على دفع ضرر آخر قالوا بل العلة أحقية الجار لا دفع الاضرار لحديث حتى

---

(١) **قوله** : قالوا تعقبه ابن القطان بأنه لم يجده لابن حزم في المحلى ، أقول بل وجدناه في المحلى ، وقال وأما الشفعة لمن واثبها بعد ذكر انه أستدل به القائل بالفورية ، وقال ابن حزم وأما الشفعة لمن واثبها فما يحضرنا الآن ذكر اسانيدها ولفظ لمرو ياتها فهو لفظ فاسد لا يحل ان يضاف مثله لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لان قول القائل الشفعة لمن واثبها يوجب ان يلزمه الطلب ، لأن المواثبة فعل من فاعلين توجب ان تكون طلبه مع البيع لا بعده لان الثاني في الوثب لا يسمى مواثبه ، وقال ان حديث الشفعة كنشطه عقال موضوع ، ثم قال وقد جعل الله حق الشفيع واجباً على لسان رسوله فلا يثبت الا بنص وارد بسقوطه ، وساق بسنده ان عمر بن عبد العزيز قضى بالشفعة بعد بضع عشرة سنة .

(٢) **قوله** : يدل على ان له اصلاً في الجملة ، أقول : في المنار ان دليل الفورية غير ناهض لضعف الرواية وفي الفورية مناسبة لمقام الشفعة لأنها شرعة لدفع الضرر فكيف يدفع ضرر الشفيع ويبالغ في ضرر المشتري ببقاء مشتراه مطلقاً ، فلذا تسارعت الاراء الى القول بالفورية والواجب اذا لم ينهض دليل الجانبين البقاء على الاصل ، والفورية اثبات يحتاج الى دليل ، فصاحب الفورية مدع وقد عدم البرهان فنحكم لصاحب التراخي والمناسبة وحدها لا تكفي . والشارح قد جنح آخراً الى أنه على التراخي ، الا ان قوله قلت الخ لا يخلو من نبوة فان قوله وأحرى ان لا يجوز للمشتري الشراء حتى يؤ ذن الشريك لطر و ملكه ايجاب على المشتري وفيه توقف ، فانه لا يتم انه أحرى من البائع في الايذان للشريك لان البائع يخير من له حق فيما يبيعه وهو السبب بخلاف المشتري فانه لا حق عليه للشريك وهو ايجاب على المشتري مؤاذنة شريك البائع بالقياس على البائع في شرح المنهاج المسمى بالسراج الوهاج ما لفظه ان فيها اقوالاً على الفور والى ثلاثة أيام ، قال انه قال الشافعي الثلاثة الايام استحساناً ، الثالث يمهل حتى تمضي مدة التقدير في ذلك ، الرابع يمتد الى التصرف بالاسقاط ، والخامس على التأبيد ما لم يصرح بالابطال أو يأتي بما يدل عليه كقوله لمن شيت أو هبه له ، واختاره الشيخ اذ لا دليل على الفور ولا على الثلاثة الايام . قلت والذي اختاره الشيخ أقوى الاقوال لان ما عداه اثبات لحكم بلا دليل وهو الذي افاده قول المنار فيحكم لصاحب التراخي .

حسبته يورثه تقدم فما لم يتحقق منه الاضرار لا يسقط حقه الا ان الشافعي في قول له جعل للمشتري مطالبته بالتقدم أو التأخر ليتحقق أحدهما .

قلت : هجوم المشتري على الشفيع اختيار منه للمضاررة فلا يجب على الشفيع دفع ضرره لانه أتى من جهة نفسه لأنه اذا لم يحل للبائع ان يبيع حتى يؤذن شريكه مع اصالة ملكه فأحرى ان لا يجوز للمشتري الشري حتى يؤذن الشريك لطرو ملكه ولكن ترك الطلب في المجلس انما يسقط اذا كان ﴿ **بلا عذر** ﴾ أوجب ترك الطلب أما لو كان هناك عذر من خوف يسقط به الواجب أو نحوه لم تبطل الشفعة بترك الطلب لان المبطل انما هو الاضراب وترك الطلب انما هو لازم للاضراب أعم واللازم الاعم لا يدل على الملزوم الاخص ﴿ **قيل** ﴾ المؤيد ترك الطلب مبطل ﴿ **ان جهل** ﴾ الشفيع ﴿ **استحقاقها** ﴾ مطلقاً [١] أو بالسبب الخاص ﴿ **و** ﴾ كذا لو جهل ﴿ **تأثير التراخي في** ﴾ اسقاطها وانما اختلف حكم الجهل هنا وفي المسألة الاولى لان المبطل هناك قول وهنا سكوت فهذا لا يتمشى للهدوية لانهم [٢] يفرقون بين القول والسكوت في الحكم فلهذا اشار بالقيل الى ضعف نسبة هذا القول الى الهدوية ، وأما المؤيد فلما رأى أن المبطل هو الاضراب النفسي حكم بأن السكوت لازم مساوٍ له واللازم المساوي ملزوم والملزوم يدل على المساوي قطعا لا العكس وأسند اللازم بأن النفس بطبعها لا تترك طلب ما هي راغبة فيه وان علمت عدم مقتضيه ووجود مانعه فضلاً عن جهلها لهما .

وأجيب : بالمنع مسنداً بأن السكوت كثيراً ما يكون اناة [٣] لا اضراباً ﴿ **لا** ﴾ لو جهل الشفيع ﴿ **ملكه السبب أو** ﴾ جهل ﴿ **اتصاله** ﴾ بالمشفوع فان المؤيد يوافق الهادي

---

(١) **قوله** : مطلقاً أو بالسبب الخاص ، أقول : أما ان يجهل كون الشفعة مشروعه أو يجهل ثبوتها للجار أو للشريك أو للشرب أو للطريق ، أو يجهل كون العقد صحيحاً أو يظنه فاسداً أو يجهل كونه مستحقاً به الشفعة فيترك الطلب للجهل بأي هذه الاسباب فان شفعته لا تبطل بذلك عند الهدوية .

(٢) **قوله** : لانهم يفرقون بين القول والسكوت في الحكم ، أقول : في شرح الاثمار ان السكوت مع الجهل في ما هو فوري لا يبطل به الحق كما في الصغيره التي زوجها غير أبيها اذ سكتت بعد البلوغ ولم تفسخ لجهلها بأن لها الخيار أو بأن خيارها على الفور فان سكوتها لا يبطل خيارها كما تقدم .

(٣) **قوله** : اناة لا أضراباً ، أقول : أما مع حصول المقتضى وارتفاع المانع عما يراد طلبه ويخاف فوته فالسكوت اضراب ولو قيل بانه يرجع الى القراين فان من الناس من يغلب على طبعه البرودة والتأني في مهماته ومنهم من هو على خلافه لما كان بعيداً.

(*) اللازم تمت

هنا في أن ترك الطلب لأجل جهل ما ذكر لا يبطل الشفعة لان الباعث على الشفعة انما هو [١] الرغبة في ضم المشفوع الى المشفوع به فحيث لا يعلم المشفوع به ولا اتصاله بالمشفوع يستحيل تصور الضم اليه وطلب شيء فرع تصوره وح لا يكشف ترك الطلب عن الاضراب لانه ح لازم أعم والاعم لا يستلزم الاخص بخصوصه ﴿ و ﴾ تبطل الشفعة ﴿ **بتولي** ﴾ الشفيع ﴿ **البيع** ﴾ للمشفوع الا ان يكون ولياً أو وكيلاً بطلبها ، وقال الفريقان لا تبطل بتولي البيع مطلقاً لنا ان اختياره تمليكها الغير اضراب مقارن للعقد فأبطلها قالوا انما يجب بعد العقد والفرض انه طلب عقيبه ، وغاية توليه البيع انه يكون كتسليمها قبله وقد تقدم [٢] انه غير مبطل وربما كان ترك الطلب قبل العقد وحاله لامر [٣] ارتفع بالعقد أو لم يقع وكالشراء للغير عندكم كما سيأتي ﴿ **لا** ﴾ لو شرط البائع الخيار لصاحب الشفعة في امضاء البيع وعدمه فرجح اختيار ﴿ **امضائه** ﴾ فانها لا تبطل خلافاً لابي حنيفة فرقا منه بين الامضاء قبل تمام العقد وبعده وهو فرق واضح لأنه لو طلب الشفعة لكان طلبها كافياً في الامضاء والتقييد لها لاستلزام طلبها الامضاء كما في قول السيد لعبد نكح بغير اذنه طلّقْ كما تقدم بخلاف تولي البيع فلا يغني عنه طلبها ﴿ و ﴾ تبطل الشفعة ﴿ **بطلب** ﴾ الشفيع ﴿ **من ليس له طلبه** ﴾ وهو البائع بعد تسليمه المبيع عالماً بالتسليم وبأن الشفعة تبطل بذلك اتفاقاً ، وكذا مع الجهل عند المؤ يد بالله مذهباً وتخريجاً ، وتخريج أبي العباس وأبي طالب لا تبطل مع الجهل لاحد الأمرين ووجه البطلان بطلب البائع حيث تبطل بطلبه انه غير متمكن من تسليمها لخروجها عن ملكه وذلك [٤] كاشف عن الاضراب عن طلب المتمكن من التسليم وهو المشتري ﴿ **أو** ﴾ طلب

---

(١) **قوله** : انما هو الرغبة في ضم المشفوع الى المشفوع به ، أقول : قد تقدم غير مرة ان علة ايجابها دفع الضرر فالباعث الأصلي هو دفعه وان أنضم اليه غيره فالاعتبار بالاصل وان كان قد تلون كلامه في العلة ، فلو قال وكيف من لا يعلم بوقوع ما يضره يمكنه دفعه لكان أولى .

(٢) **قوله** : وقد تقدم انه غير مبطل ، أقول : هذا على أصلهم لا على ما قرره من انه يجب على المشتري اعلام من له الشفعة انه سيشتري ماله فيه سبب وأنه أيضاً يجب على البائع اعلام شريكه والا فلا يبطل لان توليه البيع زايد على اعلامه به قطعاً .

(٣) **قوله** : لامر ارتفاع بالعقد ، أقول : الفرض خلاف ذلك ، وقوله بخلاف توليه البيع فلا يغني عنه طلبها صوابه فلا يغني عن طلبها أي لا يبطله وهذى على غير ما أختاره أيضاً .

(٤) **قوله** : وذلك كاشف عن الاضراب ، أقول :وهـذا في غاية السقوط مع جهله بل لو قيل ان طلبه لها من البائع دال على كمال رغبته فيها لكان أقرب ثم الجاهل غافل ولا تكليف عليه ولا حكم بفعله .

المشتري ﴿ **المبيع** ﴾ الذي هو المشفوع لكن طلبه ﴿ **بغيرها** ﴾ أي بغير الشفعة بل طلب المشتري ان يبيعه منه لان ذلك كقول السيد للعبد طلق ومن ذلك ما لو أدعى انه ملكه لا ملك البائع فانكشف ملكاً للبائع فإنه ذلك كاشف عن الاضراب عن أخذه بالشفعة ﴿ **أو** ﴾ طلبه الشفعة أيضاً لكن طلبه بها ﴿ **بغير لفظ الطلب** ﴾ نحو ان يقول الشفعة لي فيما شريت أو نحو ذلك من العبارات التي لا تقتضي إنشاء الطلب حتما، كما إذا قال تفضل أترك في هذا الذي شريت لأني أحق به ونحو ذلك لكن الطلب لمن ليس له الطلب والطلب بغيرها وبغير لفظ الطلب كل الثلاثة انما تبطلها اذا كان ﴿ **عالماً** ﴾ بأنها تبطلها لا لو جهل ذلك لكن لا يذهب عنك ان المبطل انما هو [1] الاضراب فما دل عليه بمطابقة أو التزام لم يشترط فيه العلم وما لم يدل عليه كترك الطلب مع جهل ملك السبب أو اتصاله فأنه لا يجوز الحكم بأنه مبطل ، ومثله الطلب بغير لفظ الطلب لان كون لفظ الطلب حتماً شرط في استحقاقها حكم شرعي وضعي يفتقر الى دليل شرعي ولا دليل اذ لا يدل على الاضراب ﴿ **أو** ﴾ طلب الشفيع ﴿ **بعضه** ﴾ أي بعض المبيع فان طلب البعض يبطل لأنه أضراب عن البعض الآخر وذلك مستلزم تفريق الصفقة ﴿ **ولو** ﴾ طلب ذلك البعض ﴿ **بها** ﴾ أي بالشفعة ﴿ **غالباً** ﴾ احتراز مما لو كانت اجراء المبيع غير متصل بعضها ببعض ولا سبب له الا في البعض لم يبطل ذلك شفعته في ذلك البعض وان تفرقت الصفقة على المشتري ، خلافاً للناصر بناء منه على ان تفريق الصفقة مانع وسيأتي ابطاله .

نعم اذا لم تتمايز الاثمان كان جهل ثمن البعض المشفوع مانعاً على القول بأن الشفعة لا تثبت الا بالثمن لا بالقيمة لان حصة البعض المشفوع من الثمن لا تعرف ح الا بالتقويم فتلزم الشفعة بالقيمة وهو الحق وتقسيط الثمن على القيم وهي مجهولة لاختلاف التقويم ، وما نسب الى المجهول فهو مجهول ، وشرط الثمن ان يكون معلوماً كما تقدم ﴿ **و** ﴾ طلب البعض من اجراء المبيع المتصل انما يسقط ايضاً ﴿ **ان اتحد المشتري** ﴾ لئلا يفرق الصفقة فيعيبه على المشتري بالنقصان وذلك اضرار لا يستحقه الشفيع لعدم ترجيح دفع أضرار على دفع آخر ، الا ان في كون تفريق الصفقة مانعاً للشفيع من حقه نظراً لأمر النبي صلى الله عليه وآله وسلم البرا

---

(١) **قوله** : انما هو الاضراب ، أقول : يقال الاضراب عماذا أو أي اضراب ، وهو ساع في طلبها لكنه جهل من يطلب وبأي لفظ يطلب فطلبها من غير من تطلب منه وبغير ما تطلب به من أعظم الادلة على عدم اضرابه .

وزيداً وقد أشتريا فضة بنقد ونسيه ان يجيزا قدر النقد ويردا [١] قدر النسية وسيأتي في الشركة ان شاء الله تعالى ، ولان اقدام المشتري على الشراء مع ظنه التعيب رضا بالعيب بحيث لو جعلناه عيباً كان كامناً مع البائع لما استحق به الرد لانه عالم بسببه ، والعلم بالسبب علم **بالمسبب** أما اذا تعدد المشتري كان له شفعة من شاء منهم خلافاً لمالك نظراً منه الى أنها نقل **للعقد ولا تتبعض** كما تقدم ، وفيه النظر المذكور وأما قوله ان طلب البعض مبطل ان اتحد المشتري ﴿ **ولو** ﴾ **كان** وكيلاً بالشراء ﴿ **لجماعة** ﴾ لان الوكيل تتعلق به حقوق البيع فتفريق الصفقة انما هو عليه **لا على** الموكلين ﴿ **و** ﴾ كذى لو اشترى ﴿ **من جماعة** ﴾ صفقة واحدة لأنهم بمنزلة البائع الواحد **الا** انا عرفناك عدم مناسبة تفريق الصفقة لمانعيه الشفعة لان الشفعة ثابتة بدليل صحيح ، ومانعيه تفريق الصفقة لم تثبت بدليل [٢] صحيح ولا سقيم ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه اذا اشترى من جماعة كان للشفيع ان يأخذ مبيع من شاء منهم لان العقد وإن كان واحداً في الصورة **فهو عقود** في الحقيقة فلا تفريق ﴿ **و** ﴾ تبطل الشفعة ﴿ **بخروج السبب عن ملكه** ﴾ أي ملك الشفيع ﴿ **قيل** ﴾ لكن لا تبطل بالخروج المذكور الا اذا كان ﴿ **باختياره** ﴾ لا لو كان الحاكم هو الذي أخرجه لقضاء دينه أو لتمرده على شركائه عن

---

(١) **قوله** : ويردا قدر النسية ، أقول : أخرجه أحمد وهو عند البخاري متصل الاسناد بغير هذا السياق ، قال ابن حجر في التلخيص بعد سياقه تنبيه الحديث دليل على ترجيح صحة تفريق الصفقة . وهو كما قاله الشارح تبعاً لكلامه في التلخيص لكنه ذكر ذلك ابن حجر نفسه في فتح الباري وقال يحتمل انه وقع كل واحد بعقد فالنسية بعقد مستقل والنقد كذلك وتأيد له بما لا ينهض ، وأقول : هذا التأويل خلاف الظاهر بل التحقيق انه لا تفريق في الصفقة في حديث زيد والبرا لان عقدهما انما انطبق وصح على المأذون في بيعه شرعاً ، وهو النقد والمنهى عنه وهو النسية لم يشمله العقد للنهي عنه فهو كما لو اشتمل العقد على بيع عبد وحر نفذ البيع في العبد وصدق عليه دون الحر كما تقدم لهم في مسألة اذا اشتمل العقد على مالايصح بيعه وعلى مايصح وتميزت الاثمان نفذ فيما يصح ، فتذكر الا ان يقال بيع النسية باطل ، كما صح عنه صلى الله عليه وآله وسلم أصلاً انما صح في الصفقة بقدر النقد ، والحديث دليل على انه اذا اشتمل العقد على صحيح وباطل نفذ صحيحه وأنه يصح تبعيضه .

(٢) **قوله** : ـ بدليل صحيح ولا سقيم اقول : كأنهم يرون ان تفريقها اضرار بالمشتري وقد أشار اليه في شرح الأثمار . وتقدم للشارح .

القسمة فقسم الحاكم عليه ونحو ذلك والمؤيد لا يشترط الاختيار المذكور ، وقواه[1] المصنف .

قلت لانتفاء الضرر ثم الخروج عن الملك انما يكون مبطلاً اذا خرج ﴿ **قبل الحكم بها** ﴾ ولو بعد استحقاقها بالطلب لانتفاء الضرر كما ذكرنا ولا يلزم ذلك بعد الحكم لأنه استقر ملكها فلا وجه لرفعه لا كما قبل الحكم ﴿**و**﴾ تبطل الشفعة ﴿ **بتراخي** ﴾ الشفيع ﴿ **الغائب** ﴾ عن مجلس العقد اذا لم تكن ﴿ **مسافة** ﴾ غيبة الأقدر ﴿ **ثلاث** ﴾ ليال ﴿ **فما دون** ﴾ لا لو تراخى وهو في مسافة فوقها فان الشفعة[2] لا تبطل ، وقيل لا دليل على التحديد بل التراخي مبطل مطلقاً لأن الغائب فوق ثلاث يمكنه الطلب برسول او كتاب ، واما القول بأن الحاكم ينصب عنه فالنصب انما يصح فيما هو على الغائب من الحقوق لا فيما هو له وانما يكون التراخي مبطلاً اذا كان ﴿ **عقيب شهادة** ﴾ اي نصابها[3] لأن الشهادة انما تكون بين يدي حاكم والا كانت خبراً ، وأراد بقوله ﴿ **مطلقاً** ﴾ ان التراخي عقيب الشهادة مبطل ظاهراً أو باطناً ﴿**أو**﴾ حصل التراخي عقيب ﴿ **خبر يثير الظن** ﴾ بحصول البيع لكنه انما يبطلها ﴿ **ديناً فقط** ﴾ أي تديناً فيما بينه وبين الله تعالى ، لكن هذا انما يتمشى على أصل من لا يوجب العمل بالآحاد ، واما من يوجبه فلا لأنه لو اعترف ان العدل اخبره بالبيع او اقام المشتري بيِّنة ايضاً على ان العدل قد أخبره لصح للحاكم ان يحكم عليه ببطلانها لأن نصاب الشهادة انما يعتبر على المنكر بالأصالة ، فاذا تراخى في المسافة المذكورة عقيب الشهادة او الخبر

(١) **قوله** : ـ وقواه المصنف ، اقول : في البحر فانه صدر المسألة للمؤيد ثم ذكر خلاف أبي طالب وانه يشترط الخروج باختياره ورده بقوله لنا ما مرأى من انها لدفع الضرر ، وقد زال والمنار اختار قول أبي حنيفة ، قال لأن الشفيع قد استحق المبيع بنفس البيع والحكم انما هو لفصل الشجار كما قد ذكرناه . قلت قول الشارح قد عاد الى جعل الضرر هو العلة فتذكر .

(٢) **قوله** : ـ فان شفعته لا تبطل ، اقول في نهاية المجتهد اجمع العلماء على ان الغايب على شفعته ما لم يبع شريكه ، واختلفوا اذا علم وهو غايب ، قال قوم تسقط شفعته ، وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم من حديث جابر انه قال « الجار احق بصقبه » او قال بسقبه ينتظر بها ان كان غائباً وايضاً فان الغائب معوق عن الشفعة فوجب عذره وعمدة الثاني ان سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها . وهذا خلاف آخر في المسألة .

(٣) **قوله** : ـ أي نصابها ، اقول ولذلك عدل الأثمار الى خبر نحو عدلين ، وبأن شارحه وجهه وانه ما اشار اليه الشارح ومثله عدل في الفتح .

المذكورين ﴿ **عن الطلب** ﴾ بلسانه[١] ﴿ **والسير** ﴾ بنفسه ﴿ **أو البعث** ﴾ برسول أو كتاب بطلت ، وقال المؤيد بالله والامام يحيى لا وجه للطلب حيث لا شاهد عنده وقواه المصنف ، قالوا[٢] ولا للاشهاد على ان الخروج او البعث انما كان لها ، اما الخروج فلأن الظاهر فيمن لم يتشاغل بعد الخروج بغيرها ان خروجه لها والا كان المبطل هو الاشتغال بغيرها ، فلا يجدي الاشهاد أيضاً ، واما البعث فلا يحتمل شيئاً غير ذلك لأن اشتغال المبعوث بغيرها لا يبطلها كما سيأتي ان شاء الله، وانما يبطلها التراخي المذكور اذا كان ﴿**بلا عذر موجب** ﴾ للتراخي وهو ما يخرجه عن حد الاختيار عند المؤيد ، وما يستلزم الاجحاف به عند الهدوية ، وقيل الموجب للتضرر ، واما مقدار التراخي فهو ما يبلغ ﴿ **قدراً يعد به** ﴾ في العرف ﴿**متراخياً**﴾ نحو أن يشرع في عمل لا يحتاج إليه الخروج أو البعث أو لا يجحف تركه به ﴿ **فلو أتم نفلاً** ﴾ كان شرع فيه قبل العلم ولم يكن النفل الا ﴿ **ركعتين** ﴾ أما لو اتمه أربعاً أو ثلاثاً بطلت لأن أقل النفل ركعتين ﴿ **أو قدم التسليم** ﴾ أي السلام على المشتري ﴿**أو**﴾ قدم ﴿ **فرضاً تضيق لم تبطل** ﴾ وقال المؤيد والمرتضى ان الشفعة تبطل بتقديم السلام على المشتري سواء كان ابتداء أو جواباً وهو غلو نسأل الله السلامة من جانبي الافراط والتفريط كيف وفورية الشفعة انما حكم بها للآثار الواهية التي قدمنا لك عدم صحتها ؟

﴿ فصل ﴾

﴿ **ولا تبطل بموت المشتري مطلقاً** ﴾ سواء مات قبل الطلب أو بعده وادعى المصنف الاجماع لأن كون موته مانعاً للمقتضى الموجود حكم شرعي يفتقر الى دليل شرعي ﴿ **ولا** ﴾ بموت ﴿ **الشفيع بعد الطلب** ﴾ وقال الثوري وأبو حنيفة واصحابه وقول للمؤيد تبطل به مطلقاً لأنها انما تستحق باختيار الشفيع ، فهي كخيار[٣] القبول وقد امتنع

---

(١) **قوله** : ـ بلسانه ، اقول : ولو كان وجده كما في شرح الفتح وقد عدل الأثمار عن عبارة الأزهار واختار مذهب المؤيد ومن تبعه وابان شارحه العدول ، وان عبارة الأزهار لم تطبق على قول ابي العباس لأنه يشترط الاشهاد على الطلب وعلى الخروج ويشترط الترافع ولم يذكر في الأزهار ولا ينطبق على غيره من الأقوال ومثله في شرح الفتح .

(٢) **قوله** : ـ قالوا ولا للاشهاد ان الخروج والبعث كان لها ، اقول : في الغايب واما الحاضر فقالوا لا بد من الاشهاد ان السير لطلبها وقواها المصنف .

فصل ولا تبطل بموت المشتري ـ

(٣) **قوله** : ـ كخيار القبول، أقول: هذه العبارة وقعت في البحر في محلين واستدل بها من قال لا تورث، قالوا لأنها كخيار القبول قال في الرياض المراد به قبول العقود التي تفتقر إلى القبول فانها تصح إلى آخر المجلس

بالموت قلنا حصل الاختيار بالطلب فصارت مستحقة كما تقدم وموت من له الحق لا يرفع الاستحقاق واما قوله ﴿ او قبل العلم او ﴾ قبل ﴿ التمكن ﴾ من الطلب فمدافع[1] بما تقدم من قوله انها انما تستحق بالطلب ، وانما يتمشى على ما اخترناه هنالك من انه انما احتيج اليه لئلا يكون الظاهر من عدمه هو التراخي المبطل وعليه يحمل قول أبي طالب ومالك والشافعي انه ليس بشرط فيستقيم ما هنا ويسقط ما تقدم ويكون الموجب لاستحقاقها مجرد ملك السبب حال البيع حتى يظهر احد أسباب بطلانها ﴿ولا﴾ تبطل ﴿ بتفريط الولي ﴾ على مال الصغير ﴿ والرسول ﴾ أي الوكيل بطلبها سواء فرطاً لعذر أو لغير عذر قيل الا ان يعلم المرسل اعتياد الرسول للتفريط وقد افهم لفظ التفريط الى ان الولي اذا تركها للمصلحة في تركها سقطت ﴿ولا﴾ تبطل ﴿ بالتقايل ﴾ أي باقالة البائع للمشتري أو العكس ﴿ مطلقاً ﴾ أي سواء تقايلا بعد الطلب أو قبله اما اذا كان التقايل بعده فلأنها قد استحقت بالطلب فلا تقايل في الحقيقة فيما يستحقه المقيل الا ان ابا العباس والمؤيد اختلفا في قول الهادي ليس للمشتري الاقالة بعد علمه طلب الشفيع فقال ابو العباس اراد التحريم فلا تصح الاقالة اذ فيه ابطال حق يستحق(*) وقال المؤيد اراد الكراهة فيصح ، واجاب المصنف عن المؤيد بأن الظاهر خلافه .

قلت : أما تعليل أبي العباس بكونه ابطال حق مستحق فمحل النزاع لأن احقية

= وقيل المراد خيار المتبايعين قبل التفرق بالأبدان وقريب منه في حواشي البحر ولم يرتض المنار هذا الاستدلال وناقش فيه .

(١) **قوله** : ـ فمدافع بما تقدم ، اقول : ـ لأنه سلف انها تجب بالبيع وتستحق بالطلب وفي بعض حواشي الشارح على شرح الفتح الوارث انما يرث ما تركه الميت ملكاً او حقاً وهي قبل الطلب ليست حقاً للميت فتورث ولا للوارث لأنه ليس بشريك وقت وجوبها وكونه خليفة للميت انما كان فيما يستحقه ، ولا استحقاق . من خطه الا انه يقال اذا قد صارت واجبه له على المشتري بنفس البيع كما هو قول الشارح فالواجب هو حق للغير فتورث والا فما هو الواجب واعلم ان مؤلف الأثمار اختار ان الشفعة لا تبطل بموت المشتري ولا الشفيع مطلقاً من غير فصل وتأول ، قول الهادي ان الشفعة تبطل بموت الشفيع بأن المراد إن مات وقد صدر منه ما يبطل الشفعة من تراخ ونحوه . ولا يقال فكيف يجوز للمشتري استهلاك المبيع قبل الطلب لأنه يقال الوجوب بالبيع لا يكون مانعاً من تصرف المالك في ملكه ما لم يمنعه صاحب الحق بطلب حقه .

(*) يستحق تمت

الشفيع انما هي على غير البائع[١] والاقالة لم تخرجه الى من الشفيع احق منه فالحق قول المؤيد ، واما قبل الطلب فانما يتمشى على القول بأن استحقاق الشفعة بمجرد البيع أو على[٢] ان الاقالة بيع في حق الشفيع كما تقدم ولكن منعه الامام يحيى وحكم بانها فسخ للعقد من اصله مستند لا بصحتها بدون ذكر الثمن وإنما اجاب المصنف بقوله قلت ايجاب وقبول يستلزم العوض فاشبه البيع فلزم تجددها . وهو مدفوع بما قدمنا من ان احقية الشفيع انما هي على غير البائع ، اما قبل قبض المشتري للمبيع فادعى أبو طالب الاجماع على انها فسخ وانما قال المصنف لعل الاجماع فيما عدا الشفيع ، واما بعده فقد عرفت خلاف الامام يحيى فيه ﴿ **ولا** ﴾ تبطل ﴿ **بالفسخ** ﴾ الحاصل بعيب أو روية أو شرط اذا كان ﴿ **بعد الطلب** ﴾ لا اذا وقع التفاسخ قبل الطلب وهو بناء على انها انما تستحق بالطلب وقد عرفت[٣] ما فيه ولهذا[٤] قيل لا فرق عند الهدوية بين كون الفسخ قبل الطلب أو بعده في انه مبطل لها ، اما بالرؤية والشرط المجمع على ثبوته فلأن البيع موقوف في الحقيقة غير نافذ ، واما في العيب والمختلف فيه من الشرط فان ثبت الرد بحكم بطلت والا فلا ، ولا حاجة[٥] الى قوله ﴿ **ويمتنعان بعده** ﴾ لأن

---

(١) **قوله** : ـ والاقالة لم تخرجه الى من الشفيع احق منه ، اقول : حاصله الشفيع احق بالمبيع من المشتري والاقالة ارجعت المبيع الى البائع وليس الاحقية بالمبيع للشفيع عليه وهو تعليل قلق ينافي ما سلف له انه يجب على البائع ايذان شريكه فان هذا اثبات حق على البائع كالحق الذي للشفيع على المشتري ، نعم الأحقية انما هي للشفيع على المشتري الا ان لك ان تقول الكلام في ابطال حق قد ثبت سواء خرج المستحق الى من له احقية ام لا .

(٢) **قوله** : ـ او على ان الاقالة في حق الشفيع بيع ، اقول : تقدم دعوى الاجماع على هذا الا انه قد خالف في ذلك الامام يحيى فلا إجماع ، قال في المنار اذا لم يصح الاجماع فلا فرق بين الشفيع وغيره وتقدم تحقيق ذلك .

(٣) **قوله** : ـ وقد عرفت ما فيه ، اقول : لا يخفى انه اضطرب الكلام في هذا الفصل فلم يتم على تقدير انه لا استحقاق الا بالطلب ولا على تقدير انه استحقاق الا بالمبيع ولم يرجع ذلك الى قاعدة ولا دليل فينظر .

(٤) **قوله** : ـ ولهذا قيل لا فرق عند الهدوية ، اقول : لم أر هذا القيل في الغيث ولا غيره .

(٥) **قوله** : ـ ولا حاجة الى قوله ويمتنعان بعده ، اقول : قد تنبه مؤلف الأثمار والفتح لهذا فحذفا قوله ولا بالتقايل فقال الأول يمتنع الاقالة والفسخ فيما فيه شفعة ، والثاني ويمتنع الاقالة والفسخ بعد طلبها ، قال شارح الأثمار وحذف قوله ولا بالتقايل مطلقاً ولا بالفسخ لدخول ذلك في قوله ويمتنع =

المراد بالامتناع هنا عدم بطلان حق الشفيع فقط وهذا هو الحاصل من قوله ولا بالتقايل مطلقاً ولا بالفسخ بعد الطلب وليس المراد من الامتناع انه لو أبطل الشفيع الشفعة بعد الطلب وقبل الحكم لم يصح التقايل والتفاسخ ، لأن هذا مما لا وجه له ﴿ولا﴾ تبطل على الشفيع ﴿ **بالشراء لنفسه** ﴾ حتى يلزم أولوية غيره من الشفعاء وعن مالك والشافعي شراؤه يبطل شفعته فيكون غيره أحق وهو وهم مبني على ان احقية الشفيع ثابتة على كل مشتر وقد عرفت انها اضافية بالنظر الى غير[1] المالك والشريك على ان الأحقية لا يشترط[2] ان تكون بالشفعة بل وبالشراء، ولهذا لا يحل للبائع ان يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وإن شاء ترك كما في الحديث ﴿أو﴾ اذا شرى ﴿ **للغير** ﴾ ما لنفسه حق الشفعة فيه فانها[3] لا تبطل شفعته ، وقال أبو حنيفة تبطل لأنه بالشراء للغير متمكن من الاضافة الى نفسه فاضافته الى الغير اضراب ولا كذلك متولي البيع ﴿و﴾ لكن ﴿ **يطلب نفسه** ﴾ الشفعة اما في شرائه للغير اذا كان وكيلاً أو ولياً لأن الحقوق تعلق بهما لا لو كان فضولياً وكذا الوكيل والولي عند من لا يقول بتعلق الحقوق بهما كما سيأتي ان شاء الله تعالى ﴿و﴾ طلب نفسه وان صح فهو ﴿لا﴾ يصح ان ﴿ **يسلم اليها** ﴾ لأن وكيل الشراء لا يكون وكيلاً بالبيع ولما يلزم من كونه طالباً مطلوباً بالحقوق وقد تقدم ما فيه .

= الاقالة والفسخ فيما فيه شفعة . واعلم انه لم يصرح الأثمار هنا باعتبار الطلب ولم ينبه على وجهه شارحه مع انه قائل انها تستحق بالطلب كما يفيده قوله في الأثمار وتثبت وتستحق وتملك بالبيع والطلب والحكم . وفي عبارته لف ونشر مرتب ، وكأنه ادرجه في صورة غالباً واكتفى بذلك عن التصريح .

(١) **قوله** : ـ الى غير المالك والشريك ، اقول : هذا محل النزاع ، واما المالك فان أريد البائع فماله دخل في الكلام وان أريد غيره فمن هو، وقد رد في البحر على الشافعية ومالك بقوله قلنا لا وجه لابطال حقه مع قيام سببه وفي شرح الأثمار ولا يحتاج الى طلب ولا حكم ذكره المؤيد وأبو جعفر لأنه قد ملك .

(٢) **قوله** : ـ لا يشترط ان يكون بالشفعة ، اقول : مسلم الا ان الكلام في الشفيع من حيث كونه شفيعاً لا من حيثية اخرى فليس الكلام فيها .

(٣) **قوله** : ـ فانها لا تبطل شفعته ، اقول : لم يعلل الشارح عدم البطلان وعلله في الغيث بقوله والوجه فيه ان شراه لا يتضمن انه سلم المبيع بل انه يتسلمه بخلاف ما اذا باع ماله فيه الشفعة كما تقدم .

﴿ فصــل ﴾ [١]

﴿ **وللمشتري قبل الطلب الانتفاع والاتلاف** ﴾ للمبيع ﴿ **لا بعـده** ﴾ قبل الحكم خلافاً للشافعي ، لنا تعلق حقه بها بالطلب .

وأجيب بالمنع مسنداً بأن تعلقه موقوف على تحقق كمال المقتضى وانتفاع المانع ولا تحقق لهما قبل الحكم ، والأصل عدمهما ورد بأن الكلام فيما انكشف حصولهما والمعتبر هو الانتهاء ومن هنا قال أبو العباس لا يجوز له ذلك قبل الطلب أيضاً لأن الاستحقاق لها بالبيع لا بالطلب كما قدمنا الا اذا جهل مشروعية الشفعة أو علم ان لا شفيع **قلت** ان كان الكلام في مجرد الجواز فلا جواز[٢] للشراء قبل ايذان الشريك فضلاً عن التصرف إلا على رأي الأصم في ان نهي البائع للكراهة لا للحظر وإن كان الكلام في الصحة وعدمها فينبني على القول بأن نهي الحظر يقتضي الفساد أولاً وقد عرفناك ان المشتري منهي عن التهجم على حق الشفيع كما نهى البائع عنه ﴿ **لكن** ﴾ المشتري وان تصرف بعد الطلب ، فانه ﴿ **لا ضمان** ﴾ عليه ﴿ **للقيمة**[٣] **وان اتلف** ﴾ المبيع ﴿ **ولا أجرة** ﴾ عليه ﴿ **وان استعمل الا** ﴾ ان يكون الاتلاف او الاستعمال ﴿ **بعد الحكم أو التسليم**[٤] **باللفظ** ﴾ طوعاً لا بمجرد التخلية أو الاكراه من غير الحاكم لزم الضمان والأجرة .

---

(١) **فصل** : ـ وللمشتري قبل الطلب الانتفاع ، اقول : قيده في الأثمار بقوله بعد علمه ان الشفعة مستحقة .

(٢) **قوله** : ـ فلا جواز للشراء إيذان الشريك ، اقول : اي لا يجوز للمشتري ان يشتري قبل ايذانه الشريك الذي له الشفعة ، وهذا على ما اختاره لنفسه بانه احرى من البائع بوجوب الايذان كما تقدم .

(٣) **قوله** : ـ للقيمة ، اقول : حذفه الأثمار وقال شارحه انما حذفه لأنه يوهم انه يضمن المثل حيث يكون المبيع مثلياً وليس كذلك ، وقد بيض لذلك في بعض نسخ الغيث .

(٤) **قوله** : ـ أو التسليم باللفظ ، اقول : حذفه الأثمار قال شارحه لأنه يوهم انه يضمن قيمة المبيع اذا تلف بعد التسليم باللفظ من دون حكم ، وكذلك الأجرة على أحد القولين ، وليس كذلك بل هو =

لكن هها بحث وهو ان الاستحقاق بالطلب ان كان كالاستحقاق بالعقد الصحيح في البيع وجبت هنا أجرة الاستعمال قبل الحكم أو التسليم كما وجبت هناك للمشتري بالاستعمال ، قبل التسليم وان لم يكن الطلب بمنزلة العقد وانما الذي بمنزلته هو الحكم أو التسليم طوعاً فلاوجه[1]لمنع الانتفاع بعدالطلب وقبلهما لأن الطلب ح كالمساومةفي البيع ولا يمتنع انتفاع البائع بماله على أنا أن جعلنا الحكم أو التسليم بمنزلة العقد لم يلزم على قياس ما تقدم الا ضمان الأجرة لا ضمان المبيع ان اتلفه المشتري لأنه كالبائع والبائع لا يضمن المبيع قبل

= كالمبيع في يد البائع بخلاف عبارة الأثمار فمصرحه بذلك فلم يكن للتسليم وجه فائدة . قلت وحذف ايضاً قوله وان استعمل ولم ينبه شارحه عليه وكأنه للغنية عنه فانه لا اجرة الا للاستعمال وكذلك حذف ان اتلف كأنه لذلك وعبارة الفتح ، لكن لا ضمان ولا اجرة الا بعد الحكم أو التسليم لفظاً ، والأثمار افاد انه لا يلزم ضمان ولا اجرة الا بعد الحكم ، والفتح افاد لزوم ضمان واجرة بعده ايضاً وأفاد لزوم الأجرة بعد التسليم ، وقد تقدم تضعيف القول بانه لا يلزم البائع الأجرة ان استعمل المبيع قبل التسليم ، وتقوية القول بلزوم الكرى للمبيع لأنه استعمل منافع مملوكه لغيره ، ويأتي قريباً انه كالمبيع قبل التسليم فيلزم الأجرة كما هو الأقوى في المبيع قبل التسليم وبعده ، وبعد هذا تعرف انه فات الأثمار ذكر لزوم الأجرة بعد التسليم فالأول تقصير والثاني زيادة غير صحيحة ، ولا يقال لعل صاحب الأثمار يختار القول بانه لا اجرة للمبيع اذا استعمله البائع قبل التسليم ، لأنا نقول انه يختار لزوم الأجرة ، قال شارحه في باب تلف المبيع واستحقاقه وانما حذف قوله في الأزهار قيل وان استعمله فلا خراج لأن المختار للمذهب ما ذكره ابو طالب من انه يلزم الكرا للمشتري ، اذ البائع مستهلك لمنافع ملكه بغير اباحة فلزمته قيمة المنافع . قلت ومن هنا تعرف ان قول الشارح في فصل تلف المبيع ان كلام القيل انه اذا استعمل البائع المبيع قبل التسليم فلا خراج انه يناسب ما يأتي في الشفعة من ان المشتري اذا استعمل المبيع بعد الطلب فلا اجرة عليه ، مبني على انهم يجعلون الطلب في الشفعة كالعقد في المبيع ، وقولهم في الشفعة تملك بالحكم أو التسليم طوعاً يقضي بأن الطلب ليس كالعقد والا لكان الملك به كما ان الملك في البيع بالعقد وعليه هذا البحث الآتي له هنا .

(١) **قوله** : ـ فلا وجه لمنع الانتفاع بعد الطلب وقبلهما ، اقول : وجهه ان فيه حقاً للغير فالطلب كالحجر يمنع عن التصرف في العين المحجورة وليس كالمساومة فان المساومة لم يسبقها حق للمساوم في العين بخلاف طلب الشفعة فالطلب قد سبقه حق في العين هو وجوب الشفعة بنفس البيع فهذا فارق

القبض وان ضمن الخراج فلا وجه للتسوية بينهما في الضمان بعد الحكم وقبل القبض على ان ايجاب ضمان العين والخراج بمجرد الحكم والتسليم باللفظ من دون قبض للشفعة مشكل يلزم ان لو وقع الحكم باستحقاق المشتري للمبيع لضمن البائع تالفه بالقيمة قبل القبض فالكلام في المقامين[١] لا يخلو من انضراب[٢] (اضطراب) وقد قيد شيخنا رحمه الله تعالى اطلاق الضمان بعد الحكم أو التسليم بكونهما مع القبض الا ان ذلك وهم لأنه بعد القبض يتلف من مال الشفيع وان بقي في يد البائع لأن معه امانة لا يضمن ﴿ **وللشفيع** [٣] **الرد** ﴾ للمشفوع على من قبضه من يده بائع أو مشتر ﴿ **بمثل ما يرد به المشتري** ﴾ على البائع من الخيارات المتقدمة ﴿ **الا** ﴾ خيار ﴿ **الشرط** ﴾ اذا لم يكن للبائع خيار اذ لو كان له الخيار فلا شفعة رأساً حتى يبطل خياره واما خيار المشتري فينقل الى الشفيع خلافاً للمنتخب وابي حنيفة واصحابه ورواية عن المؤيد لنا ان المشتري كالوكيل للشفيع .

وأجيب بالمنع مسنداً بأنه كشرطه الخيار لنفسه يبطل شفعته بخلاف الروية والعيب فثبوتهما بلا شرط ﴿**و**﴾ اذا كان المشتري قد قاسم في المبيع فللشفيع ﴿ **نقض مقاسمته ووقفه وعتقه واستيلاده** ﴾ بمعنى ان المستولدة لا يحرم بيعها وان صار ولدها[٤] حراً فانما تلزم

عن الحاقه بالمساومة ملحق له بالحجر ، نعم قوله على انا لو جعلنا الحكم أو التسليم بمنزلة العقد هو الاشكال القوي المحتاج الى التقصي عنه .

(١) **قوله** : ـ في المقامين ، اقول : ـ في المبيع حيث لم يجعلوا العقد موجباً للضمان للعين وفي الشفعة حيث جعلوا ما هو كالعقد موجباً لضمانها .

(٢) وفي نسخة اضطراب .

(٣) قوله : ـ وللشفيع الرد ، اقول استدل له في البحر بقوله اذ عقده سبب ملكه فما وجب له وجب له .

(٤) **قوله** : ـ وان صارح ولدها حراً ، اقول في شرح الفتح علله بقوله لوقوعه في شبهة ملك واستدرك عليه بأنه واقع في ملك ، وانما لزمته قيمته اذا حكم له وهو متصل لأنه من الفوائد .

قيمته للشفيع اذا حكم له وهو متصل ﴿ **وبيعه** ﴾ وخالف ابن ابي ليلى في الجميع وأبو حنيفة وغيره في الوقف والامام يحيى وغيره في العتق والجميع تخبط لأنهم تارة يجعلونه للمشتري ملكاً وتارة يجعلونه وكيلاً للشفيع وصحة نقض المذكورات لا يتحقق الا على تقدير كونه فضولياً لا ينفذ تصرفه الا باجازة الشفيع ، وذلك معنى الموسر ، والحق انه ان علم بوجوب الشفعة واستحقاقها كان ملكه موقوفاً على بطلانهاافيكون حكم مافعله حكم مايفعله المشتري بالعقد الموقوف وان لم يعلم وجوب الشفعة ولا استحقاقها نفذت تصرفاته كلها والا كلفناه[1] ما لا يعلمه ولا يصح كما علم في الأصول ، وعلى نفوذ تصرفه ينبني قوله ﴿ **فان تنوسخ شفع[2] بمدفوع من شاء** ﴾ والا كان موقوفاً على اجازة الشفيع ولو جعلناه نافذاً بغير اجازة الشفيع لما صح نقضه له ضرورة لعدم استحقاق من لم تعتبر اجازته لنقض ما نفذ وانبرم وبعد هذا[3] تعلم انه لا محيص لهم من احد أمرين ، إما تصحيح تصرفات المشتري ولزوم مذهب ابن أبي ليلى من عدم صحة نقض المذكورات أو ابطالها ولزوم كون العقود كلها موقوفة على اجازة الشفيع وذلك موجب لاستحقاقه الشفعة بمجرد العقد قبل الطلب كما قدمناه لك واليه ذهب القدوري من الحنفية ، وأما قول المصنف ان مختاره اولى لأن ثمرة الطلب الاستحقاق ليصح الحكم فساقط اذ استحقاق طلبها فرع استحقاقها اذ الطلب الصحيح انما يكون لحق سابق على الطلب فوزانها ـ وزان ـ شرط الخيار للأجنبي تمام العقد ونفوذه موقوف على اختياره كما تقدم في

---

(١) **قوله** : ـ والا كلفناه ما لم يعلمه . اقول : هذا في الجاهل باعتبار المعلة في كل ما يأتيه ولكنهم لم يطردوا ذلك .

(٢) **قال** : ـ بمدفوع من شاء ، اقول : الذي في البحر للهادي وأبي طالب والامام يحيى انه يشفع بمدفوع الأول واستدل له بأنه الموجب للشفعة ثم رد على من قال انه بالتخيير بقوله قلنا الموجب للشفعة هو الأول ، فتعين ما عقد به ونسب التخيير الى أبي حنيفة واستدل له بقوله لاستوا العقدين في ايجابها وارتضاه في المنار فالأزهار هنا لغير الهادي وغير ما قواه المصنف في البحر .

(٣) **قوله** : ـ تعلم انه لا محيص لهم ، اقول : تظهر قوة هذا الكلام الا ان يقال اخذه بمدفوع من شاء دليل على انه لم ينفذ تصرف المشتري اذ لو نفذ لما كان له الشفعة بأيها شاء فما خير الا لأنها عقود موقوفة على طلبه للشفعة او امضائه ويلزم قول القدوري ولا ضير فيه فيقال استحقها بعقد البيع لكن ما علم ارادته اياها الا بالطلب ولذا قلنا لو قيل تضيق بالطلب لكان اقرب .

الخيارات الا ان هذا ثبت بشرط الشارع وخيار الأجنبي ثبت بشرط العاقد ﴿ **فان اطلق** ﴾ الشفيع طلب الشفعة ولم يعين عقداً من العقود التي وقع بها التناسخ ﴿ **فبالأول** ﴾ وقيل بثمن من أخذه من يده والحق بقاء التخيير لأن المطلق لا يستلزم المقيد ﴿و﴾ اذا تفاوتت الأثمان فانه ﴿ **يرد ذو الأكثر** ﴾ أي القابض للثمن الأكثر ﴿ **لذي الأقل** ﴾ فاذا اشترى الأول بألف وباعه بألف ومائة ثم باعه المشتري منه بألف ومائتين فأخذ الشفيع بالألف رد المشتري الثاني للثالث مائتين ، والأول للثاني مائة ، والعكس لو اشترى الأول بألف ومائتين وباع بألف ومئة وباع المشتري منه بألف فأخذ الشفيع بألف ومائتين رد المشتري الثالث للثاني مائتين ، والثاني للأول مائة واحدة ﴿و﴾ الشفيع يجب ﴿**عليه مثل الثمن النقد المدفوع**﴾[١] فقط لا الملفوظ الذي حط بعضه للمشتري قبل ان يقبض منه وتجب المماثلة ﴿**قدراً وصفة**﴾ هذا في المثلي النقد ﴿و﴾ اما المثلي غير النقد كالطعام فيجب على الشفيع ﴿**مثل المثلى جنساً وصفةً فان جهل**﴾ جنسه أو قدره ﴿**أو عدم**﴾ جنسه اذ لا يعدم القدر ﴿**بطلت**﴾[٢] الشفعة

---

(١) قال : ـ المدفوع ، اقول حذف في الأثمار هذا القيد قال شارحه لايهامه ان المشتري اذا زاد للبايع على الثمن الذي وقع به العقد لزمت الشفيع تلك الزيادة اذ هي من المدفوع وكذا حيث دفع المشتري عن الثمن جنساً آخر اذ يصدق عليه انه المدفوع ونحو ذلك ، وليس كذلك ، وكذا لو عقد على صحاح او بيض وسلم عنها مكسراً سوداً فانه لا يجب عليه إلا مثل المدفوع . الا انه لا يخفاك انه فات الأثمار الاحتراز عن الملفوظ كما ذكره الشارح والمؤلف في الغيث ، الا ان يقال ان لفظ مثل الثمن لا يصدق الا على ما دفع الا انه يستلزم ان تكون القيود كلها مستدركة .

(٢) قال : ـ بطلت ، اقول : هذا احد اقوال ثلاثة في البحر ، وهو آخرها ، ورد المصنف قول من قال بالبطلان بانه كما لو كان معسراً بقوله قلنا العوض هنا ممكن فافترقا وكان الشارح لما رآه استضعف القول بالبطلان في البحر صرف عبارة الأزهار الى ما اختاره في الشرح من التأجيل حتى يجد مثلاً وقد اصلح الفتح العبارة ونبه في شرحه على وجه العدول .

قد تم مقابلة هذه النسخة على ثلاث نسخ صحيحة وكان التصحيح على الجمع فليتق المطلع على صحة هذه النسخة المصححة على نسخ جملة صحيحة .

أي أخرت إلى وقت العلم إن أمكن والحق[١] أن كون ذلك مانعاً حكم شرعي بل يشفعها عند جهل أحدهما بقيمتها كما قلنا في شفعة العقد الفاسد وبقيمة الثمن المثلي حيث عدم جنسه ، وأما القول [٢] بأن تعذر المثلي يوجب بطلان الشفعة والسلم فساقط لأن الثابت على الشفيع والمسلم أمر غير معين فهو ثابت في الذمة بنفسه أو بقيمته لأنه دين لا عين وهو وإن كان مبيعاً ففرق بين المبيع المتعين وغير المتعين ، فان المتعين لما تعلق العقد بعينه لم يبدل إذا تلف بخلاف غير المتعين فهو شبيه بالثمن النقد في الذمة فلا يبطل البيع بعدمه فرقاً بين العدم والتلف في أن تلف المتعين يبطل البيع لا عدم غير المتعين فلا يبطله ، وإذا بطل بالجهل والعدم المذكورين ﴿ **فيتلف** ﴾ المشتري المبيع ﴿ **أو ينتفع** ﴾ به ولا حرج عليه ﴿ **حتى يوجد** ﴾ المعدوم ويعلم المجهول فان أحب الشفيع تتميم الشفعة بعد ذلك سلم الثمن والمشتري باقي المبيع وقيمة[٣] تالفه ﴿**و**﴾ أما إذا كان الثمن قيمياً فعلى الشفيع ﴿ **قيمة القيمي** ﴾ يوم العقد فان اختلف المقومون فالوسط وقيل تقويم من شاء كما إذا تنوسخ ولا جامع لأن الشفعة مع التناسخ بعقد الثمن المخصوص فتتبعه لا ما نحن فيه فالعقد واحد ﴿**و**﴾ إذا كان الثمن مؤ جلاً فالشفيع عليه ﴿**تعجيل المؤجل**﴾ خلاف[٤] ما في الفنون من انه لا يجب الا ما وجب بالعقد وتقدم

---

(١) **قوله** : الحق الخ ، أقول : في الغيث قيل ويحتمل أن لا تبطل ويسلم قيمة المثلى كما يسلم قيمة القيمى ،وكذا ذكره الفقيه «ع» قال في شرح الفتح وهو يناسب ما ذكره ابن أبي الفوارس فيما لو كان البيعان ذميين والثمن خمراً فشفع مسلم وجب عليه قيمة الخمر فهذا يناسب ذلك كما ذكره في الغيث وهو الذي جنح اليه الشارح ولا يخفى قوله، وقوله جهل أحدهما أي الجنس والصفة وقوله بقيمتها صوابه بقيمته أي الثمن المثلى لأنه أقاسه على الشفعة في العقد الفاسد عند جهل الجنس واللازم فيه قيمة الثمن المثلى .

(٢) **قوله** : وأما القول بأن تعذر المثلى يوجب بطلان الشفعة والسلم فساقط ، أقول : هذا بحث صحيح وكلام وجهه الذي ذكره صبيح .

(٣) **قوله** : وقيمة تالفه ، أقول : هكذا في البحر وشرح الأزهار ، وقال شارح الفتح ولا معنى له بل يناقض ما في الأزهار والغيث من أنه لا ضمان ولو أتلف الا بعد الحكم ، وقد تأوله النجري في شرحه بذلك لكن المراد بأنه حكم قبل العلم بجهل العدم والا لم يكن له أن يحكم معهما كما ذكره الفقيهان .

(٤) **قوله** : خلاف ما في الفنون ، أقول : في الغيث ونظره المؤ يد بالله واستدل المصنف للمذهب فيه وفي البحر بأن العقد يملك مبتدءاً فوجب ان لا يثبت الأجل الا بشرط زاد في البحر ولم يرض البائع بذمته =

قول المصنف إن الأجل جزء من المبيع كثيراً ما يقابل بالزيادة في الثمن فهو للشفيع وهو وجه مبيح وإيجاب التعجيل على الشفيع جور بَيِّنٌ كيف وقد قالوا إن المشتري كالوكيل للشفيع ﴿و﴾ على الشفيع ﴿ **غرامة زيادة فعلها المشتري** ﴾ لو قال غرامة ما فعله المشتري للنماء لكفاه عن ذكر الزيادة لأنه يجب وإن لم تحصل الزيادة لكن لا يجب إلا ما فعل ﴿ **قبل الطلب** ﴾ وإلا كان متعدياً بعده لأنها استحقت بالطلب كما عرفت وقد عرفناك أن الزيادة هي ما كانت ﴿ **للنماء** ﴾ ولو كالقصارة والحرف ﴿ **لا** ﴾ ما فعله ﴿ **للبقاء** ﴾ كعلف الحيوان ونحوه مما هو لحفظ الموجود من المبيع ﴿و﴾ على الشفيع للمشتري ﴿ **قيمة غرسه وبنائه وزرعه** ﴾ المفعولات قبل الطلب ويقوم كل ذلك ﴿ **قائماً** ﴾ مقدراً ان ﴿ **لا بقاء له إن تركه و** ﴾ على المشتري ﴿ **ارش نقصانها** ﴾ أي الأرض ﴿ **إن رفعه** ﴾ لأنه يجب عليه تسليمها كحالها يوم البيع وفيه نظر [1] لأنه مأذون غير متعد بالوضع ولا بالرفع فليس كرد المعيب بل طلب الشفعة مع العلم بالنقصان كالرضى بالعيب ﴿ **أو** ﴾ إذا [2] أحب ان لا يرفع الزرع فله ﴿ **بقاء الزرع بالأجرة** ﴾ فكان في الزرع ثلاثة خيارات أخذ قيمته او رفعه وتسليم نقص الأرض برفعه أو بقاؤه فيها وتسليم أجرته ، واما غيره فليس فيه إلا الخياران الأولان لتطاول مدته وإضراره بالشفيع لا كالزرع لقصر مدته ﴿ **و** ﴾ الشفيع ﴿ **له الفوائد**

= قال عليه المنار ولو كان مبتدأ لكان بالقيمة لا بالثمن بل ملكه على حد ملك المشتري ، وأما كون البايع لم يرض بذمته فليس بلازم كما لو انتقل الدين الى ذمة الوارث أو نحو ذلك الحوالة على مليء بل غايته ان يطلب رهناً أو كفيلاً ، فالظاهر في المسألة مع المؤيد والهادي والشافعي ومالك .

(١) **قوله** : وفيه نظر الخ ، أقول : لا يخفى قوة ما علل به النظر الا أنه كيف يلزمه ارش النقصان وقد جاز له الاتلاف قبل الطلب ، ثم ان هذا لا يتم على اختياره انها تملك بنفس العقد لأنه لا أذن له «ح» بذلك وانما يتم على قول أهل المذهب أنها لا تستحق الا بالطلب هذا وقد ألم المنار بهذا النظر فانه علل في البحر لزوم الارش بأن على المشتري تسليمها كما أخذها فقال عليه المنار تصرف في ملكه فلا عد وان فلا شيء عليه كما لو أتلف الجميع وقال في المنار أيضاً وحيث استهلك المشتري أيضاً بأخذه بحصة ما بقي فقط .

(٢) **قوله** : واذا أحب ان لا يرفع الزرع ، أقول : صوابه واذا رضي ببقاء الزرع لأن الأرض قد تعينت فالمعتبر رضاه لا محبة المشتري لبقاء زرعه ولذا قالوا بالأجرة لأنه لا حق له في الأرض والتأجير لا يكون الا برضى الشفيع .

الأصلية ﴾ الناشئة من ذات المبيع كالصوف واللبن والثمر ، لا الفرعية كالكري ونحو ولكن لا يستحق الأصلية الا إن حكم له وهي متصلة بالمبيع أو سلم المبيع طوعاً وهي فيه لأن ملكه إن استقر بالحكم والتسليم فيما كان قبلها لم يستقر في ملكه ولا يستحقه بناء على أنه لا يعتبر الانتهاء وقد عرفناك ما فيه ﴿ **لا** ﴾ إذا صارت الفوائد ﴿ **منفصلة** ﴾ حال الحكم ﴿ **فللمشتري** ﴾ سواء كانت حاصلة حال العقد أو حصلت بعده ﴿ **إلا** ﴾ ما شملها العقد فلا يستحقها ﴿ **مع** ﴾ الشفيع ﴿ **الخليط** ﴾ لأن له شفعها بالخلطة وشمول ـ بشمول ـ العقد لها ﴿ **لكن** ﴾ المشتري وإن استحق المنفصلة مع غير الخليط فعليه ان ﴿ **يحط بحصتها من الثمن إن شملها العقد** ﴾ لأنها جزء المبيع وإنما لم يحكم بها للشفيع لأن الحكم والتسليم اللذين هما سبب استقرار ملكهما لم يتعلقا بها وإنما ضمنها المشتري ضمان نقص المبيع كما في قوله ﴿ **وكذا** ﴾ يجب على المشتري حط القيمة ﴿ **في كل ما نقص** ﴾ من المبيع في يده سواء نقص ﴿ **بفعله أو فعل الغير وقد اعتاض** ﴾ من الغير عوض النقص اما لو نقص بآفة سماوية أو بفعل غيره ولم يعتض منه فلا شيء عليه .

﴿ فصل ﴾

﴿ **وإنما يؤخذ المبيع** ﴾ من يد المشتري ﴿ **قسراً** ﴾ أي لا يؤخذ إلا ﴿ **بعد الحكم بها** ﴾ لأن الحكم إقباض للشفيع وإن كان باقياً في يد المشتري ﴿ **فهو** ﴾ في يد المشتري ﴿ **كالأمانة** ﴾ لصاحبها أن يقسر من هي عنده على تسليمها فلو قال وملكه إما بالحكم فهو كالأمانة ﴿ **أو بعد التسليم والقبول باللفظ** ﴾ لا بالقبض ﴿ **فهو** ﴾ في يد المشتري ﴿ **كالمبيع** ﴾ في يد البائع يجري عليه في كل واحدة من الحالتين أحكامها[1] لكان[2] أولى على أنه لا حاجة الى ذكر الأخذ قسراً لأنه إن أراد أنه لا يجوز للحاكم إقساره قبل الحكم فكالسماء

---

(١) فصل «وانما يؤخذ «١» قوله : «أحكامها» ، أقول : فبعد الحكم يجب على المشتري تسليمه والاجاز للشفيع أخذه ولو قسراً ، ويؤخذ من حيث وجد ويتصرف فيه قبل قبضه ولا يرجع بما غرم فيه ولو استحق ويتلف من مال الشفيع اذا تلف قبل المطالبة ويلزم المشتري الأجرة حيث استعمله كالأمانة ، وأما حكمه ان كان التسليم باللفظ وقبول الشفيع فكالمبيع يتلف من مال المشتري ولا يصح تصرف الشفيع قبل قبضه ولا يلزمه الكرى ولو استعمله على قول الوافي ويلزمه على قول المؤيد

(٢) قوله : «لكان أولى» ، أقول : قد حول الفتح العبارة فقال وهو في يد المشتري بعد الحكم كالأمانة وبعد التسليم كالمبيع في يد البايع .

فوقنا ، وإن أراد أنه[١] يثبت للشفيع تولي الإقسار للتمرد فولاية ذلك إنما هي للولاة ولقد كان يكفيه عن ذكر القسر قوله ﴿ **فيؤخذ من حيث وجد و يسلمه من هو في يده و إلا فغضب إلا** ﴾ أن يحبسه ذو اليد ﴿ **لقبض الثمن** ﴾ في الشفيع ﴿ **ولو** ﴾ كان الحابس ﴿ **بائعاً مستوفياً** ﴾ من المشتري لأن ما سلمه المشتري ليس ثمناً في الحقيقة وإنما الثمن ما سلمه الشفيع إن جعلنا الشفعة فسخاً وإن جعلناها نقلاً كما قال المصنف ﴿ **وهي هنا** ﴾ أي في حالة أخذها من يد البائع ﴿ **نقل** ﴾ من ملك المشتري إلى ملك الشفيع ﴿ **لا فسخ** ﴾ لعقد المشتري ﴿ **في الأصح** ﴾ ففي حبس[٢] البائع لها عن الشفيع لتوفيته الثمن نظر لأنهم إنما جوزوا له الحبس تشبيهاً له بوكيل المشتري ولا يستحق الحبس إلا بتوكيل من المشتري بخلاف ما إذا جعلناها فسخاً كما تقدم والأولى في تعليل حبس البائع على تقدير النقل أن الحكم والتسليم باللفظ مشروطان بتوفير الثمن فما لم يوفر الشفيع الثمن لا يستحق القبض من البائع ولا من المشتري ولا يذهب[٣] عنك أن أخذها من يد المشتري نقل بلا خلاف ، ومن يد البائع قبل قبضه الثمن من المشتري فسخ بلا خلاف ، وإنما الخلاف في النقل والفسخ إذا أخذت من يد البائع بعد استيفائه الثمن من المشتري ومعنى[٤] النقل أن درك الشفعة وثمنها ما بين المشتري والشفيع ومعنى الفسخ أنه ما بين البائع والشفيع ﴿و﴾ الشفعة ﴿ **يحكم** ﴾ بها ﴿ **للموسر** ﴾ من الشفعاء ﴿ **ولو في غيبة المشتري** ﴾ لما سيأتي من جواز الحكم على الغائب لكن الحكم مشروط في الحقيقة بتمام المقتضى وعدم المانع ، وأما المعسر فلا يحكم له لما عرفناك سابقاً أن صحة الحكم متوقفة على توفير الثمن ولا توفير للمعسر ﴿و﴾ للحاكم أن

---

(١) **قوله** : «وان اراد أنه يثبت للشفيع الخ» ، أقول : هذا مراده وهذه ولاية له على حقه خاصة ولا يضره كون الولاية الى الولاة وقد رجع الشارح الى تسليم ذلك حيث قال ولقد كان يكفيه عن ذكر القسر فان أخذه اياه من حيث وجد اثبات ولاية له على أخذه .

(٢) **قوله** : ففي حبس البايع لها عن الشفيع بتوفية الثمن نظر ، أقول : باعتبار ما عللوا به ذلك والا فانه سيختار حبس البايع بالعين المشفوعة ، وانما خالفهم في العلة لا في الحكم وأدخلت العلة جواز حبس المشتري لها وكلامه صحيح ، وان لم يشترط التوفير للثمن لفظاً فأنه معروف عرفاً وعقلاً .

(٣) **قوله** : ولا يذهب عنك الخ ، أقول : ذكر هذا في الغيث .

(٤) **قوله** : ومعنى النقل ، أقول : هذا وجه التفرقة بين النقل والفسخ .

﴿ يمهل ﴾ الشفيع بالثمن ﴿ عشراً ﴾ وإن كان الشراء بمعجل ، وقال القاسم والمؤيد والفقهاء لا تجوز[١] الزيادة على الثلاث .

قلت ينبغي أن يقيد منع الزيادة على الثلاث بالمعجل لا بالمؤجل فقد تقدم أن الحق استحقاق الشفيع للأجل ﴿و﴾ إن مبطل الشفيع بالثمن فانها ﴿لا تبطل﴾ شفعته ﴿ بالمطل إلا لشرط ﴾ شرطه هو على نفسه أو شرطه الحاكم عليه ﴿و﴾ أما من لا يعرف إيساره ولا إعساره من الشفعاء فانه إذا طلب الحاكِمَ الحكم له بالشفعة لم يجز للحاكم أن يحكم ﴿ للملتبس ﴾ حاله في اليسار والإعسار إلا حكماً ﴿ مشروطاً بالوفاء لأجل معلوم ﴾ ولا وجه لتخصيص الملتبس بذلك لأن المقتضى للشرط إنما هو تجويز عدم توفير الثمن وهو[٢]

---

(١) **قوله** : لا تجوز الزيادة على الثلاث ، أقول : استدل في البحر على الثلاث وعلى معنى الزيادة بأنها أعتبرت في مواضع كاستتابة المرتد وقوله تعالى (تمتعوا في داركم ثلاثة أيام) واذ هي أول الكثير وآخر القليل ، قلت ولا يخفى ما في هذه الادلة فأنه ان أريد بالاعتبار القياس فحكم الأصل غير حكم الفرع فان حكمه ضرب عنق المستتاب بعد الثلاث أو رجوعه وأخذ قوم صالح الصيحة وحكم الفور بأخذ العين المشفوعة وان أريد به أنه ذكر في القرآن فقد ذكر فيه السبع (وسبعة اذا رجعتم) والثمانية (ثمانية أيام حسوماً) والعشرة (تلك عشرة كاملة) والاعوام واليوم ، (قالوا لبثنا يوماً أو بعض يوم) (قال بل لبثت مائة عام) والحولين (حولين كاملين) والاشهر (ثلاثون شهراً) وغير ذلك مما لا يخفى ، وليس المراد من ذكرنا هذا التهجين على العلماء بل ايقاظ من فتح الله عين بصيرته الى النظر وعدم التقليد فان المقلد يسمع كلمة من الأول الذي قلده فيجعلها كالوحي من الله تعالى ، فان الحكام معتمدون على هذه الثلاث في ابطال الحقوق واثباتها ، وهذا دليلها فانه يقال الأخذ بعدد ذكر في القرآن دون غيره مما ذكر فيه عين التحكم الذي لا يفعله من له المام بقواعد علوم الاسلام ولذا قال المصنف في البحر الاقرب ان ذلك موضع اجتهاد للحاكم متحرياً للتنفيس غير المضر وهو مختلف باختلاف أحوال الجهات ، قال في المنار هذا أحسن قول في هذا ونظيره اذ لا دليل على التقديرات فيقتصر على ما قاد اليه ضرورة الحكم المعلوم جملته ، وقد تطول مدتها وقد تقصر ، وهذا الذي ذكرناه أخذ بلازم الحكم اذ لو لم يعمل به لاضعنا الحكم المعلوم بدليله فنتعبد بتمام تحصيل ذلك المعلوم . وأما العشر فلم يجعلها الهادي حداً للامهال بل غاية له كمراده انه يمهل من الثلاث الى العشر ، وقد حول العبارة الاثمار بقوله الى عشر ، قال شارحه زاد لفظ «الى» لتفيد العبارة ان غاية الامهال الى عشر ويجوز الاقتصار على ما دونها بخلاف عبارة الأزهار فانها توهم تحتم العشر لا دونها ومثله في الفتح واستدل شارح الاثمار لاعتبار العشر بأن الزيادة فيها مضرة على المشتري وهو كما ترى .

(٢) **قوله** : وهو حاصل في الموسر ، أقول : أي تجويز عدم توفير الثمن الا انه لا يخفى ان تجويزه في الموسر =

حاصل في الموسر بتمرد أو غيبة أو نحوهما من موانع التوفير فالحكم[١] مشروط على كل حالة كما عرفناك ﴿و﴾ إذا طلب الحكم غيره وهو أولى بها منه فإنه يحكم ﴿ **للحاضر** ﴾ المذكور ﴿ **في غيبته الأولى**﴾ بها لأن ذلك الحكم في الحقيقة مشروط بأن لا يطلبها الأولى ﴿**ومتى حضر**﴾ الأولى وطلبها ﴿ **حكم له وهو** ﴾ أي غير الأولى ﴿ **معه** ﴾ أي مع الأولى ﴿ **كالمشتري مع الشفيع** ﴾ فيما مر من أحكامها ﴿و﴾ يحكم ﴿ **للوكيل** ﴾ بمطالبة المشتري فيها ﴿ **وإن طلب المشتري يمين الموكل الغائب في نفي التسليم أو التقصير** ﴾ ولكن الحكم موقوف ومشروط بعدم نكول الغائب ، وقال في المنتخب لا يحكم إلا بعد اليمين ، لنا أنه تحقق المقتضى والأصل عدم المانع فلا يثبت للمانع حكم إلا عند تحققه ﴿**لا**﴾ أن للحاكم أن يحكم ﴿ **للمعسر وإن تغيب حتى أيسر** ﴾ لأن الشفعة[٢] فورية فمن لم

= بعيد لا يخدش في الظن الحاصل بتوفيره بخلاف التجويز في الملتبس فانه قوي فشكك في حصول التوفير فبين التجويزين فرق ، نعم ان عرف الموسر بالتمرد والمطل لم يحكم له الا حكماً مشروطاً كما صرح به في شرح البحر حيث قال الا ان يكون معروفاً بالمطل ولا يمكن اجباره حكم له حكم مشروط بالوفاء الى أجل معلوم .

(١) **قوله** : فالحكم مشروط على كل حال ، أقول : الا ان بين الشرطين فرقاً فانه في الملتبس تبطل شفعته بمضي هذه الشرطية وفي الموسر لا تبطل بتمرده بل يجب اجباره وحبسه حتى يوفر الثمن ، واعلم أنه قد فهم من بيان حكم من يعلم يساره او يظن وذكر الملتبس ان من علم أو ظن اعساره انه لا يحكم له ، قال في شرح الفتح لأنه بمجرده يبطل كما هو أحد قولي المؤيد والأستاذ وابن أبي الفوارس وأحد قولي المؤيد والقاضي زيد والبيان أنه غير مبطل فيحكم له مشروطاً بالوفاء انتهى . فقول المنار بحثت كتب المذهب فلم يذكروا المعسر بنفي ولا اثبات غير صحيح .

(٢) **قوله** : لأن الشفعة فورية ، أقول : هذا تعليل لبطلان شفعة المعسر بتغيبه حتى أيسر وهو تعليل عليل اذ لم يتم على الفورية دليل ولم يعلل الشارح لسقوطها أصالة على المعسر لاعساره ، وعلله المصنف في البحر بقوله ان فيه اضراراً بالمشتري أي في اثبات الشفعة للمعسر وهو عجيب حيث لوحظ إضرار المشتري ولم يلاحظ اضرار الخليط المعسر الذي جعلوا حكمة شرعية الشفعة رفع اضراره ، ثم هذا تقييد للأحاديث بالغنى فانها مطلقة الشفعة للشريك الجار أحق بصقبه ، فجعلتم هذه الأحكام خاصة بالغنى وهلا قلتم انه يستحقها لوجود السبب ويحكم له بها بشرط الوفاء فيكون قياماً بالحقين حق الشفيع المعسر وحق المشتري ، وقد جعلتم للموسر مهلة ثلاثاً فاجعلوا للمعسر ذلك فانه يرجى له الغنى كما يخشى على الغني الفقر كما قال .

(الا ان بيت الفقر يرجى له الغنى . . . وبيت الغنى يخشى عليه من الفقر . . .)

يتمكن من ثمنها حال العقد فلا شفعة له إلا أن الظاهر ممن طلبها أنه متمكن من ثمنها وإن عارضه ظاهر إعساره فلا يعرف حقيقة أحد الظاهرين إلا من جهته فيكون «حَ» كالملتبس يحكم له حكماً مشروطاً بالوفاء لأجل معلوم وإلا فلا شفعة ﴿ **والحط والابراء والاحلال من البعض** ﴾ أي بعض الثمن لا من الكل قيل لئلا يأخذ الشفيع المبيع بلا شيء ، ولحوق الثلاثة في البعض إنما يكون إذا كانت ﴿ **قبل القبض** ﴾[1] للثمن فانها ﴿ **تلحق العقد** ﴾ بمعنى أن العقد يكون في الحقيقة على ما بقي فلا يلزم الشفيع إلا تسليم الباقي ﴿ **لا** ﴾ اذا حط البائع عن المشتري أو أبرأه أو أجله ﴿ **بعده** ﴾ أي بعد قبضه منه الثمن فان ذلك لا يلحق العقد لأن[2]

= ولسنا نستدل بالشعر على مدعانا وانما ما ذكره الشاعر هو الواقع في قدر الله تعالى في العباد رب غني يعود قريباً فقيراً ورب فقير يصبح غنياً ، ثم رأيت بعد أعوام من كتب هذا كلاماً لابن حزم فقال مسألة ومن وجبت له الشفعة ولا مال له لم يجب ان يمهل لكن يباع ذلك الشقص عليه فان وفى بالثمن فذاك وان فضلت فضلة دفعت اليه وان لم يف ابتع في الباقي وأنظر فيه الى ان يوسر وذلك لانه ذو مال بالشقص الواجب له ومن كان له مال فليس ذا عسرة ، لكن يباع ما له في الدين الذي عليه فان لم يف فهو «حَ» ذو عسرة بالباقي فينظر الى ميسرة ، كما قال الله تعالى . وهو كما تراه اثبات للشفعة للمعسر كما قلناه ودليله ظاهر .

(١) **قوله** : قبل القبض للثمن ، أقول : أحسن الشارح بالتقييد بالثمن والذي في الغيث وشرح الازهار تفسير قبلية القبض بقبض المبيع ، قال شارح الاثمار والفتح وهو وهم بل المراد قبل قبض الثمن كما صرح به في البحر اذ لا تأثير لذلك في تسمية القبض من الثمن حطا قال النجري وقد وقع في هذا مراجعة قوية وتكرار شديد حتى قال له قلت المذكور في الكتب الثمن كما ذكره الفقيه «ف» فما رجع بل قال المؤلف في بعض حواشي الغيث هذا مشكل عليه في نسخة الاصل وهو ان الصواب قبل قبض الثمن وهو كذا في البحر والكواكب ودل عليه كلام اللمع والزهور و هو الذي لا يناقض كلام الازهار هنا ، وفي الفصل الثالث من أول البيع لان المراد هناك قبل القبض للمبيع وهنا للثمن فتتفق من دون تناقض وهو مقتضى التعليل في البحر ، وكلامه في الغيث وهم وأنه لما ينتبه لما قد قرره في أول البيع اذ لو تنبه لم يقع هذا لأنه يناقض ويناقض ما سيأتي في الاختلاف من قوله في الازهار وكونه قبل القبض اذ المراد قبض الثمن اذ هو الذي يتعلق به الاختلاف وتظهر فايدته وأما المبيع فلا فائدة في قبضه ولا عدمه ولا الخلاف فيه .

(٢) **قوله** : لان الثلاثة ، أقول أي الحط والابراء والاحلال من البعض لا يصدق اسمها الا على ما في الذمة ولا تكون الا قبل قبض الثمن من المعسر .

الثلاثة لا ينطلق اسمها على ما ليس في ذمة المشتري ﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يلحق العقد ﴿ **الهبة ونحوها** ﴾ من نذر أو تمليك أو صدقة ﴿**مطلقاً**﴾ أي سواء كانت قبل القبض او بعده بناء على أن حكمها حكم القبض بخلاف الحط والإبراء وكل ذلك[1] محل نظر ﴿و﴾ إذا اختلف المشتري والشفيع في الثمن كان ﴿ **القول للمشتري في قدر الثمن**[2] **وجنسه** ﴾ أما في جنسه فظاهر لأن الشفيع يبين على أنه غير ذلك الجنس ، وأما القدر فلأنه لا يتمكن من البينة عليه لأنها لا تكون إلا على أنه ليس أكثر مما يدعيه ، وذلك بينة على النفي لا تصح كما سيأتي ، فالقياس أن يكون القول قوله في القدر وقول المشتري في الجنس ، سواء كان الاختلاف قبل قبض الشفيع أو بعده لما قدمنا لك في اختلاف البائع والمشتري في جنس الثمن من أن الحق كون القول قول البائع في جنس الثمن ولو بعد قبض المشتري ﴿و﴾ أما أن القول للمشتري في ﴿ **نفي السبب** ﴾ فظاهر ﴿و﴾ لا حاجة الى ذكر ﴿ **ملكه** ﴾ لأن السبب يرادف الملك ﴿و﴾ كذا القول قول المشتري في نفي ﴿ **العذر في التراخي** ﴾ والبينة على الشفيع بالعذر ﴿و﴾ كذا القول للمشتري في نفي ﴿ **الحط** ﴾ من الثمن ﴿و﴾ في نفي ﴿ **كونه قبل القبض** ﴾ بعد التصادق على وقوعه في الجملة ، واختلفا بعد القبض أيضاً لأنه يحكم للحط بأقرب وقت وهو ما بعد القبض ﴿و﴾ القول ﴿ **للشفيع في قيمة الثمن العرض** ﴾ القيمي وقال أبو حنيفة وقول للمؤ يد القول قول المشتري ، قلنا يكون البينة على نفي الزيادة ولا تصح ، وأما تقييده بوصف ﴿ **التالف** ﴾ فقال المصنف لأنه لو كان باقياً لرجع الى تقويمه وفيه نظر لأن اللازم انما هو قيمته يوم العقد لا يوم التشاجر فربما تغيرت ، وأيضاً قد تقدم اختياره ان للشفيع الشفعة بتقويم من شاء وانما رجحنا الوسط ﴿و﴾ اذا قال المشتري اشتريت صفقتين ونفى ذلك الشفيع كان القول قول الشفيع في ﴿ **نفي الصفقتين** ﴾ إذا وقع لفظ الصفقتين ﴿**بعد**﴾[3] قول المشتري ﴿ **اشتريتها** ﴾ حالاً مقيدة للفصل المتعلق بالمبيعين

---

(١) قوله : وكل ذلك محل النظر ، أقول : لم يبين وجه النظر وقال المصنف في البحر ان كان بعد القبض أو بلفظ الهبة او التمليك فلا تلحق اتفاقاً اذ هو عقد آخر .

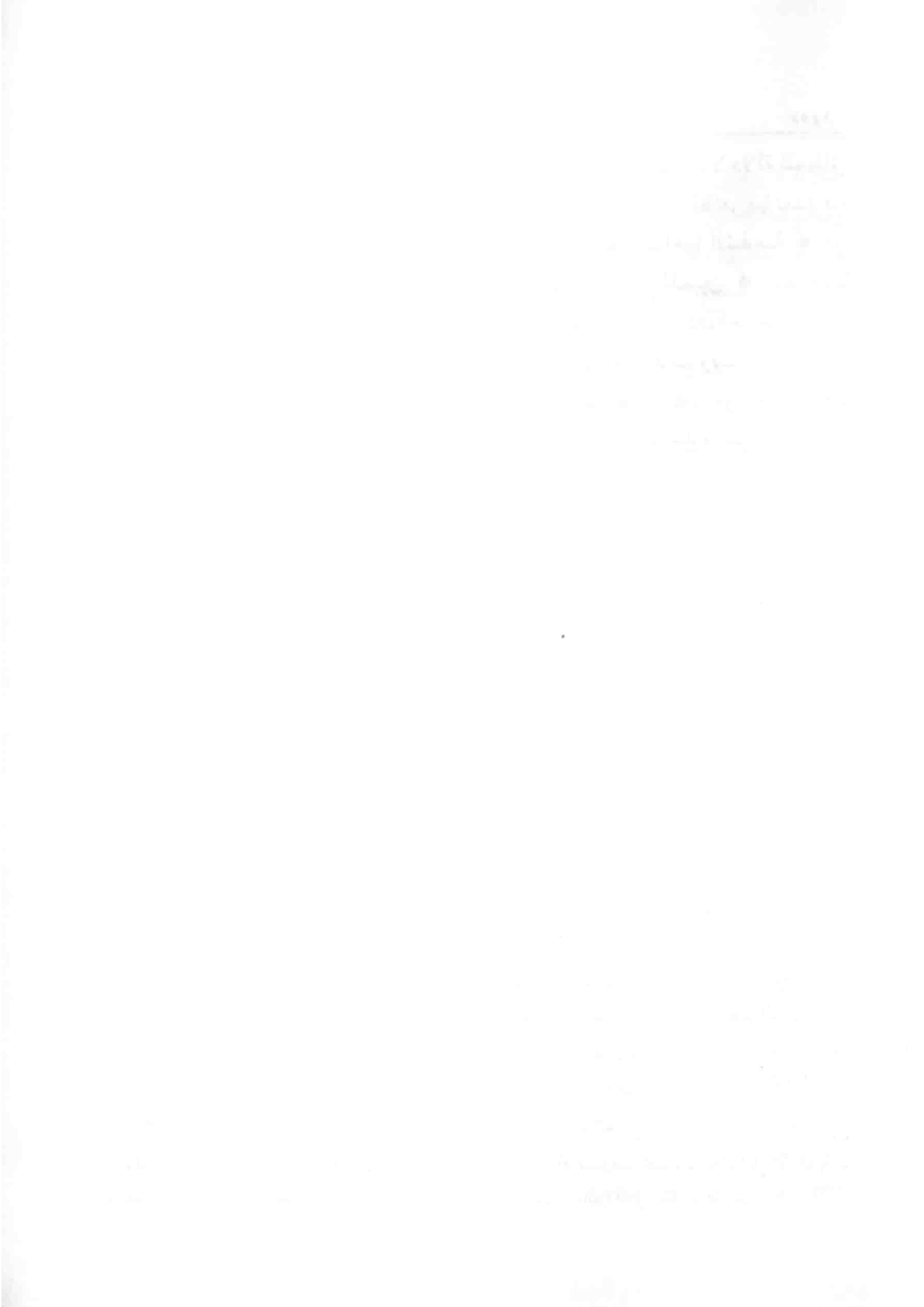
(٢) قوله : في قدر الثمن ، أقول : علله في البحر بأنه المباشر للعقد والظاهر معه ولتقرر ملكه فلا ينتقل الا بما يقر به ، قال عليه المنار لا يلزم من هذين ان يظهر قوله بل لا ظاهر هنا فيعمل بالبينة فان لم ينفرد أحدهما بالبينة تخالفا وصار الثمن مجهولاً .

(٣) قوله : بعد قوله اشتريتها ، أقول : هذا القول في البحر للهادي والمؤ يد وعلله بان قوله اشتريتها=

لأن الظاهر أن تعلق المعنى واحد كتعلق اللفظ ، وفيه نظر فان الفعل مطلق ولا دلالة للمطلق على المقيد كما لا يدل ضربت زيداً وعمراً على أنه ضربهما ضرباً واحداً بل الظاهر فيما تعدد فيه متعلق الفعل تعدد التعلق ﴿ وإذا ﴾ اشترى رجلان دارين و ﴿ تداعيا الشفعة ﴾ كل واحد يقول هو شافع لدار صاحبه لأن شراءه متقدم على شرائه ﴿ حكم للمبين ﴾ بالتقدم ولا حاجة الى قوله ﴿ ثم الأول ﴾ لأن المبين بالتقدم هو الأول ﴿ ثم ﴾ إذا كان أحدهما مؤرخاً لشرائه والآخر غير مؤرخ كان ﴿ المؤرخ ﴾ أقدم حملاً للمطلق على أقرب وقت وفيه النظر[1] الذي ما زلنا نعرفك هو من أن المطلق لا يدل على المقيد ﴿ ثم ﴾ إذا كانتا مؤرختين بوقت واحد أو مطلقتين فان الشفعة ﴿ تبطل ﴾ على كل واحد فيستقر لكل واحد ما شراه .

= يقتضي وجوب الشفعة ، وقوله صفقتين دعوى لسقوطها فيبين عليها ثم قال المصنف ان وصل قوله صفقتين بقوله اشتريتهما فالقول له بلا مرية اذ لا يحكم بمقتضى الجملة حتى تتم وينقطع القول كما لو قدم لفظ صفقتين وقال صفقتين اشتريتهما قال عليه المنار هذا هو الذي لا ينبغي ان يمتري فيه ولكنهم يناقضون كثيراً وقد نبهنا عليه مراراً في الدعوى وغيرها ، قلت وهو الذي جنح اليه الشارح اولا ثم قال فيه نظر لان الفعل مطلق يقال عليه بعد ان قيده لا تبقى مطلقاً فتأمل .

(١) **قوله** : وفيه النظر ، أقول : هو كما قال بأن حمل المطلق على أقرب وقت تقييد له بلا دليل الا ان يقال دليله ان الاصل عدم العقد فاذا وقع فالاصل قرب وقوعه عملا بالبراءة في تقدمه فليتأمل .



كتاب (الأجارة)[١]

﴿ فصل تصح ﴾ أي تنعقد[٢] وتلزم خلافاً فالحسن والأصم وابن علية والفاساني والنهرواني وابن كيسان لنا قوله تعالى (فأن أرضعن[٣] لكم فآتوهن أجورهن) (على أن تأجرني ثماني حجج) (لو شئت لتخذت عليه أجراً) وشرع من قبلنا لازم لنا ما لم ينسخ وما أخرجه البخاري وغيره من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم قال

---

(١) كتاب الاجارة ، أقول : ـ بكسر الهمزة وحكى ضمها وفتحها لغة ولها تعريفات كثيرة ففي البحر أنها عقد على عين لمنفعة مباحة مقومة وفي الغيث عقد على منافع مخصوصة بعوض مخصوص ، وفي شرح الارشاد عقد يفيد ملك منفعة مقصودة الى غاية معلومة بعوض معلوم ثابت لذي العقد ، وعرفها في الأثمار بأنها عقد بإيجاب بلفظها او ما في معناه على منفعة مقومة فولاه مقدوره غير واجبة ولا محظورة غالباً ، وأطال شرحه بيان فوائد القيود فراجعه ، وللفتح تعريف قريب منه.

(٢) قوله : ـ أي تنعقد وتلزم ، أقول : الصحة في العقود كما في الفصول تترتب ثمراتها عليها المقصودة منها وتقدم للشارح انها عند الفقهاء عبارة عن ترتب المقصود منه عليه فتفسيره لها بالانعقاد واللزوم لا يوافق ذلك وكأنه فسره بهذا ليتم له إرجاع خلاف المخالفين الى ذلك بناء على أنه محل النزاع إلا ان الذي في شرح الأثمار انه روى عمن ذكر الخلاف في صحة الأجارة مطلقاً ، ومثله في البحر وفي نهاية المجتهد حكى عنهم منعها ، والقول بأن عقدها جايز غير لازم ، قول ابن سريج وحده ، نعم وقد حمل قول الأولين على ذلك لا انهم أنكروا صحتها إذ لا يبعد كون صحتها مما علم من الشرع ضرورة كالبيع وبه تعرف أن الشارح بنى خلافهم على ذلك التأويل واختار هنا كلام المخالفين وعمدتهم أنها بيع معدوم فلا يصح وقد سلف له صحة بيع المعدوم مراراً فهذا تناقض ، وإذا عرفت أن عمدتهم عدم صحة بيع المعدوم فلا يصح حمل كلامهم على انهم لا يقولون بصحتها وإنما يخالفون في لزوم عقدها كما تأوله من تأول وبنى عليه الشارح في حمل كلامهم عليه ولا يخفى انه كان عليه ان يقول في صدر كلامه في تفسير الصحة وينعقد اتفاقاً ويلزم خلافاً الخ ، ليتعين محل النزاع.

(٣) قوله : ـ فان ارضعن لكم ، أقول : قال الأسنوي الآية إنما تدل على لزوم الأجرة لا صحة العقد وردّه في شرح الارشاد بأن الارضاع بلا عقد تبرع لا يوجب الاجرة وإنما يوجبها ظاهر العقد فيتعين.

(ثلاثة أنا خصمهم فذكر أحدهم رجلاً استأجر رجلاً فاستوفى منه ولم يعطه أجره) **وبالجملة هي : ـ** من الحاجيات [١] وربما بلغت الضروريات فإنكارها مكابرة **وأجيب** : بأن النزاع في لزوم عقدها لأنها بيع معدوم ولا يلزم عقده وان جاز الدخول فيه كالبيع الفاسد لا يلزم المضي فيه وان جاز الدخول فيه والأدلة المذكورة بمعزل عن الدلالة على اللزوم، قلنا الإجماع على لزوم الصحة ، قالوا لا يدل على اللزوم الا إلزامهم [٢] العاقد وإكراهه على إتمامها ولا يصح عن احد من السلف ، الا مجرد دخولهم فيها كما أجر عليٌّ عليه السلام نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة جَلِدَةْ [٣] « أحمد » من حديث علي نفسه بسند جيد ورواه ابن ماجه بسند صححه ابن السكن ، وله شاهد من حديث ابن عباس رضي الله عنه عند ابن ماجه والبيهقي بسند فيه حنش عن عكرمة وهما مختلف فيهما [٤] وفيه ان عدد التمر سبع عشرة تمرة ، قلنا (اوفوا بالعقود) ، قالوا أبيتم الوفاء ببيع المعدوم وغيره من الشروط فلا تنفعكم الآية

---

(١) **قوله** : ـ من الحاجيات ، أقول : في شرح الارشاد وذلك لأنه ليس لكل أحد ما يحتاجه من مركوب ونحوه فجوزت لذلك كما يجوز بيع الأعيان .

(٢) **قوله** : ـ إلا إلزامهم العاقد ، أقول : أي إلزام أهل الاجماع العاقد للأجارة على تمامها ولم يقع ذلك منهم بل الواقع إقرارهم على مجرد الدخول فيها قد يقال قد علم من دخولهم فيها إتمامهم لما دخلوا فيه ولم يعلم أن أحداً منهم دخل في عقدها ولم يتم ما التزم والأصل اللزوم لأنه الذي تحقق منهم غايته أن عدمه لا دليل عليه وأيضاً فظاهر قول شعيب لموسى عليهما السلام (فإن أتممت عشراً فمن عندك) الآية يدل على تمام ثمان حجج لازم للعقد عليها ، وانما خيره في إتمام العشر فدل على أن عقدها يلزمه التمام إلا أن يريد العاقد تخيير الأجير كان له ذلك فالحق مع الجمهور إذ شرع من قبلنا شرع لنا كما تقرر في الأصول ، وزيادة قولهم ما لم ينسخ زيادة لاغية إذ الذي نسخ من شرعنا لم يبق شرعاً لنا فضلاً عن غيره .

(٣) **قوله** : ـ جلدة بفتح الجيم وكسر اللام اليابسة الجيدة .

(٤) **قوله** : مختلف فيهما ، أقول : أي في حنش وعكرمة ، قال الذهبي في الميزان حنش بن قيس الرحبي الواسطي ابو علي ولقبه حنش سمع عكرمة وعطاء قال أحمد متروك ، وقال ابن معين وأبو زرعة ضعيف ، وقال الدراقطني متروك . وأما عكرمة فانه اخرج له البخاري وأطال ابن حجر في مقدمة الفتح ترجمته ولم يقل أحد انه متروك ، فما كان للشارح ان يسوى بينه وبين عكرمة ، ومن العجايب ان حنشاً هذا هو الذي تصحف على الشارح في الزكاة وظنه حسناً وانه تحسين للحديث الذي رواه ، وقد نبهناك في كتاب الزكاة على هذا فتذكر .

بعدذلك ، لأنه كثر تخصيصها فبطل[1] عمومها كما تقدم مثله في غير موضع ، وإنما تصح بشروط ﴿ في ﴾ المنتفع به وفي المنفعة ، اما في المنتفع به فشرطه ان يكون من ﴿ **ما يمكن الانتفاع به** ﴾ حالاً او مآلا لصحة عقدها على مستقبل كعليٍّ حجٌ عامٍ قابل إذ الأجارة بيع منفعة فما لم يكن الانتفاع به لا يوجد البيع نفسه فيكون البيع باطلاً ويشترط أن يكون الانتفاع به ايضاً ﴿ **مع بقاء عينه** ﴾ بناء على أن[2] البيع لا ينعقد بلفظ الأجارة لأن تقييدها بالمدة من لوازمها المنافية للازم البيع وهو الاطلاق وتنافي اللوازم يستلزم تنافي الملزومات ﴿ **و** ﴾ لا يكفي بقاء عينه بل لا بد من بقاء ﴿ **نماء أصله** ﴾ فلا يصح استئجار الثمرة للانتفاع بثمنها ولا الشاة للانتفاع بصوفها لأن ذلك استهلاك أعيان لا منافع على انه لو كان بيعاً لما صح لأنه بيع عين معدومة حال العقد ، وقد تقدم عدم جواز بيع الثمر على الشجر مع وجوده فضلاً عن جوازه مع عدمه ولا حاجة الى ذكر الأصل بل لو قال ونمائها او نمائه ليكون الضمير لما يمكن او لعينه لكان[3]

---

(١) **قوله** : ـ فبطل عمومها ، أقول : ليس هذا مذهب اهل المذهب في العام فذهب الجماهير فيه انه بعد تخصيصه دليل ظني كما كان قبله إلا انه بعده صار مجازاً من إطلاق الكل على الجزء بقرينة التخصيص سواء كثر التخصيص او قل فان بطل العموم لم يبطل الاستدلال ، ثم في غير الآية مندوحة لو بطل الاستدلال بها.

(٢) **قوله** : ـ بناء على ان المبيع ، أقول : لا يظهر بناؤه على ذلك ثم الكلام في عقد الاجارة ، نعم الخلاف هل تنعقد بلفظ البيع والبيع بلفظها؟ ففي شرح الأثمار اختلف في انعقادها بلفظ البيع نحو بعتك منافع هذه العين بكذا فعلى تخريج ابي العباس وابي طالب ينعقد بذلك كالصرف والسلم وان لم ينعقد البيع بلفظها ، وقواه في البحر قال الامام يحيى لا تنعقد بذلك لاختلاف حكمها وهو ظاهر مذهب الشافعي على ما ذكره في الارشاد وشرحه ، قال في شرحه فأما عدم انعقادها بقوله بعتك منفعتها فلأن البيع موضوع لملك الأعيان ولا يستعمل في المنافع كما لا ينعقد البيع بلفظ الاجارة وفي المنار الظاهر ان مرادهم بهذا الكلام ونحوه في عدة مواضع ان ذلك كالبيع هنا لا يدل دلالة ظاهرة على كمال المعنى المراد وإلا فما دل كذلك على المعنى المراد يصح العقد به الى ان قال انما المعتبر من الدلالات ما ظهر منها مهما امكن ولذا لا يحمل على المجاز مع إمكان الحقيقة.

(٣) **قوله** : ـ لكان اولى اقول : لأن الكلام في الاحتراز عن استئجار الأشجار للانتفاع بالأثمار فذكر نماء المنتفع به اولى من نماء اصله ، لأنه المراد بالبحث وحذف في الأثمار قوله مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ونماء اصله ولو مشاعاً ، لأن ذلك قد فهم من قوله على منفعة لأن الذي لا يمكن الانتفاع به إذا استؤجر عليه فقد عقدت الاجارة على غير منفعة ، وكذا الذي لا يمكن الانتفاع به ، الا مع إتلاف عينه ، وقد دخل في ذلك معنى قوله ونماء أصله ، لأن الذي لا يمكن الانتفاع به إلا مع إتلاف نماء أصله كالتمر ليس بمنفعة إذ التمر أعيان وكذا دخل معنى المشاع في العموم.

اولى ثم الأجارة لا تمنعها الشركة في المستأجر بل للشريك أن يؤجر نصيبه ﴿ **ولـو** ﴾ كان ﴿ **مشاعاً** ﴾ أما لو أجر الشريكان كلاهما من واحد او الشريك من شريكه فاتفاقا واما إذا أجر الشريك نصيبه من غير شريكه فقال أبو حنيفة وزفر لا يصح لعدم تمكن المستأجر من الانتفاع عقيب العقد ، ورد بأن الانتفاع عقب العقد ليس من موجب البيع ولا الأجارة وكيف لا وقد صح بيع النصيف في العين المشتركة مع وجود ما يتخيل مانعاً فيها ﴿ **و** ﴾ أما ﴿ **في** ﴾ المنفعة فشرطها ان تكون ﴿ **منفعة مقدورة**[١] **للأجير** ﴾ لأن العقد[٢] سبب تكليف بفعل ويمتنع تكليف ما لا يطاق عقلاً وشرعاً ، وأن تكون المنفعة ﴿ **غير واجبة عليه** ﴾ أي على الأجير لا عيناً ولا كفاية ، وقيل لا تحرم ، لنا حديث أبي بن كعب عند ابن ماجه و الروياني في مسنده والبيهقي انه علم رجلاً القرآن أو شيئاً منه فأهدى[٣] له قوساً فقال له النبي صلىّ الله عليه وآله

---

(١) **قوله** : ـ مقدورة ، أقول : زاد الأثمار مقومة ، قال شارحه أخرج المنفعة التي لا يعقد عليها لحقارتها كتأجير تفاحة للشم فانه لا يصح عقد الأجارة على نحو ذلك كما تقدم في البيع ، قلت ومثله في الفتح وشرحه ، وعلل المنع عن ذلك في شرح المنهاج بأنها لا تقصد التفاحة للشم . قال الرافعي الوجه الصحة لأنهم نصوا على جواز استئجار المسك والرياحين للشم ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين قلت وكلام الرافعي حسن .

(٢) **قوله** : ـ لأن العقد سبب تكليف بفعل ، أقول : علله في شرح الأثمار بأنها اذا لم تكن مقدورة صارت الاجارة كبيع ما يتعذر تسليمه فيدخل في ذلك ما يتعذر تسليمه لمانع شرعي كاستئجار الحائض لكنس المسجد ونساخة المصحف حال حيضها ونحو ذلك .

(٣) **قوله** : ـ فأهدى له قوساً ، أقول : في رواته المغيرة بن زياد مختلف فيه واستنكر أحمد حديثه وفيه ايضاً الأسود بن ثعلبة وفيه مقال فلا يعارض به الحديث الثابت ، ثم لا يخفى ان الكلام في عقد الاجارة ، وأما هذا فإنما هو هدية في مقابل تعليم القرآن فليس من محل النزاع إلا أن يقال إذا حرم قبول الهدية التي تبرع بها مهديها فبالأولى حرمة الأجرة ، ثم هذا ظاهر في تحريم ذلك سواء كان التعليم للقدر الواجب او غيره ، وأهل المذهب يقيدون التحريم للأجرة إذا كانت في مقابلة التعليم للقدر الواجب والشارح مستدل لهم ولعله يقول إذ حرم أخذها على غير القدر الواجب فبالأولى تحريم أجرة الواجب ويكون الدليل أعم من مدعى اهل المذهب وعلل المنار تحريم الأجرة بأن تبليغ الكتاب والسنة واجب والواجب يتعين فعله لوجهه فأكل المال في مقابله يكون باطلاً فلا تصح الأجارة ومثله الحرام لأنه ممنوع منه على كل حال ، قال ومعارضة حديث عبادة هذا بحديث الرقية لا معنى له لأن الرقية غير واجبة ولا مانع من اخذ الأجرة عليها فهي جارية على القياس ، قلت في كون تحفيظ القرآن من باب التبليغ تأمل إذ =

وسلّم (إن أخذتها أخذت قوساً من النار) وله طرق منها عند أحمد وأبي داود من حديث عبادة ابن الصامت مثله ومنها عند الحاكم والبزار من حديث معاذ ومنها عند الدارمي بسند على شرط مسلم من حديث أبي الدرداء قالوا لا يخلو كل منها عن علة فلا يعارض ما في الصحيحين من حديث ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً (أحق ما اتخذتم عليه أجراً كتاب الله)، وحديث أبي سعيد فيهما في قصة الذي لدغ فامتنع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم أن يرقوه إلا بالأجرة فرقاه بعضهم بالفاتحة فشفي، فقال لهم النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم مثل ذلك، وعلل المصنف اشتراط ذلك بأن الأجرة على ما يجب عليه رشوة والرشوة محرمة وهي علة قاصرة

= التبليغ لا يستلزم التحفيظ فالأجرة في مقابلته لا في مقابلة البلاغ، على انه قد يكون ذلك بعد حصول البلاغ والحاصل ان البلاغ والإبلاغ هو الايصال كما في القاموس وهو غير التعليم فانه تحفيظ الألفاظ وقد كان رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلم يخطب ويقول «هل بلغت» فيجعل نفس إملائه بلاغاً هذا ومن الأدلة على الجواز حديث الذي زوجه رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم المرأة بما معه من القرآن، ورده المنار من ثلاث جهات الأولى انها قصة عين ولا ظاهر لها، ثانيها احتمال الخصوصية، ثالثها انه لم يسم لها مهراً، الا انه جعل القرآن مهراً وجعل هذا الوجه الأظهر، وأطال في بيانه بشيء يتعلق بالرواية بالمعنى وقد سلف له نظيره في مسح الرأس ولم يرجح عندنا ما قاله وقد بيّنا بطلانه هنالك وكان الأقرب في التأويل الحكم بالخصوصية لما أخرجه سعيد بن منصور عن أبي النعمان الأزدي زوج الرسول صلىّ الله عليه وآله وسلّم امرأة على سور من القرآن، ثم قال لا يكون لأحد بعدك مهراً وفيه تأمل لأن الخصوصية جعله صلىّ الله عليه وآله وسلّم القرآن مهراً فهي مزوجة بمهر فلا يتم النفي وكأنه أراد بلا مهر مالي فنفى الأعم وأراد به الأخص ولا يتم ذلك بل ظاهر الأحاديث ان تعليم القرآن نفس المهر، قلت ووجه الخصوصية أنها وهبت نفسها للنبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم فكما ان له ان يتزوجها بلا مهر فله ان يزوجها كذلك بدليل أنه لم يرد مؤ اذنته لها في نفسها ولم يذكر المنار حديث «أحق ما اتخذتم عليه أجراً كتاب الله» أخرجه البخاري ولفظه «أخذتم» ولعله يقول المراد بالأجر الثواب الأخروي جمعاً بين الأحاديث لا الأجرة على تلاوته او على الرقية به، ثم رأيت هذا الوجه في فتح الباري الا انه قال الحافظ ابن حجر السياق يأباه وهو كما قال وفي الارشاد وشرحه الامداد انه يجوز التأجير على تعليم القرآن وإن تعين على الأجير قال الرافعي بأنه غير مقصود بفعله حتى يقع عنه ولا يضر تعينه عليه كالمضطر فانه يتعين طعامه مع تغريمه البدل. قلت كأنه يريد بغير مقصود بفعله ان المعلم اسم فاعل لم يقصد بالتعليم اداء الواجب عليه من تعليم غيره بل قصد الأجرة وإداء الواجب لا يكون إلا بنية أدائه وإلا لم يفعل الواجب ويؤ خذ منه انه لو قصد أداء ما يجب حرمت الأجرة وقد ذكر المنار هذا المعنى عنهم في الجهاد.

لا توجد إلا حيث تكون المنفعة الواجبة على الأجير حقاً عليه للمستأجر لأن[١] حقيقة الرشوة استخراج ما هو لك بما هو لك وإلا كانت برّاً ومعاونةً على الواجب لا رشوة لما ذكرنا ولا إجارة لأن معنى الاجارة عقد لمنفعة لا يستحقها المستأجر إلا بالعقد ، فأما حيث لا منفعة للمستأجر فأبعد من أن يسمى انتفاؤه بالعوض إجارة فلو قال[٢] غير واجبة للمستأجر لكان هو الصواب على أنه سيأتي في الشهادة تجويزهم أخذ الشاهد أجرة الخروج لأدائها إلى حيث يجب الخروج عليه مع انهم شبهوها بالوديعة لما فيها من حفظ حق المشهود له وسيأتي[٣] هناك إن شاء الله ما إذا عطفته على ما هنا زادك بصيرة .

نعم : ربما يدعي تحريم أخذ الثواب على واجب لا حق للمثيب فيه معللاً بأنه تشريك ينافي الاخلاص ولكن لا مدخل له في بحث الإجارة ولأنه لا ينتهض دليل التحريم لما يعارضه[٤]

---

(١) **قوله** : لأن حقيقة الرشوة استخراج ما هو لك بما هو لك ، أقول : في تعريفات المناوى ان الرشوة ما يعطى لابطال حق او لاحقاق باطل اهـ ولا يخفى ان هذا هو الموافق لذمها ولعن الراشي والمرتشي ، واما من يستخرج حقاً هو ثابت له بمال من ملكه فلا يعد راشياً ولا يدخل تحت اللعنة ولا تشمله وإنما القابض لما يعطى لأجل استخراج الحق هو الآثم لأنه يجب عليه استخراج الحق فالذي قبضه حرام في مقابلة فعله الواجب وقد قيل انه لا يحل لصاحب الحق ان يعطيه لأنه اعانة له على الاثم وفي هذا نظر لا يخفى .

(٢) **قوله** : ـ فلو قال غير واجبة للمستأجر ، أقول : هذا مراده فان الأذان فرض كفاية مثلاً يجب على كلٍ فعله فمن أخذ الأجرة عليه فقد أخذها على ما يجب على المستأجر إذ المستأجر أحد من تجب عليه وأما في فرض العين فهو واضح .

(٣) **قوله** : ـ وسيأتي الى قوله زادك بصيرة ، أقول : الذي يأتي له ان تجويزهم لذلك ينبىء على صحة الفرق بين الواجب الأصلي وبين ما لا يتم الواجب إلا به في جواز أخذها على الثاني لا الأول ولا صحة وإنما الحق الفرق بين الخروج مع خشية الفوت والخروج مع عدمه في أنها تطيب في الثاني فقط لأنه لم يتحقق فيه وجوب الخروج هذا كلامه وهو تقرير لعدم وجوبها على المستأجر .

(٤) **قوله** : ـ لما يعارضه الخ ، اقول : هذا الكلام في غير محل النزاع فان الكلام في عقد الاجارة بين العبيد وفيما يأخذه العبد من أخيه على ما يجب عليه فيما يفعله العبد من الطاعات التي يرجو بها الاثابة من بارىء البريات في الدنيا والآخرة وكأنه مراده بقوله ولكن لا مدخل له الخ ، ثم الكلام في عقد الاجارة وليس بين العبد وربه عقد إجارة وإن أراد أنه يقاس فعل المخلوق على فعل الخالق في الاثابة على الواجب فغير صحيح .

من قوله تعالى (ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلاً من ربكم) يريد جمع قصد الحج والتجارة في سفر ومنه صلاة الحاجة وصلاة الاستخارة فانها عبادات مقصود بها[١] امر دنيوي بل اكثر عمل العاملين للخوف من العقاب وللطمع في الثواب ويشهد لذلك تصريح آية المصارف للزكاة باستحقاق[٢] المؤلف ما فرض له ، وما قيل من أن ذلك ترخيص للنبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم لا تحليل للمؤلف مدفوع لأن القرآن لا يسوغ[٣] حراماً وكيف لا ولام الاستحقاق متعلقة بكل من المصارف وأما حديث إن شئتما أعطيتكما منها وأخبرتكما انه لا حق فيها لغني ولا لذي مرة سَوِيّ كما تقدم في الزكاة فنفى الاستحقاق لا يستلزم[٤] حرمة المأخوذ لأن أخذ المباح

---

(١) **قوله** : ـ عبادات مقصود بها امر دنيوي ، أقول : اما صلاة الحاجة فحديثها ضعيف قال زين الدين العراقي في تخريج أحاديث الاحياء انه رواها الديلمي باسناد ضعيف جداً ، قال ورواها الترمذي وابن ماجه نعم هذا الذي تعرض لذكره الشارح بحث آخر ، وهو ان فعل القربة لا ينافي ارادة حظ دنيوي واما الآية فهي في ابتغاء فضل الرب تعالى وابتغاء فضله طاعة ايضاً واما [بياض في الأصل] قال الترمذي في إسنادها مقال وأما الاستخارة فحديثها صحيح وليس المطلوب بها امراً دنيوياً محضاً بل في دعائها «ان كنت تعلم أن في هذا الأمر خيراً لي في ديني ودنياي او عاجل امري وآجله» فالمطلوب بها طلب توفيق الله تعالى بما فيه خير الدارين وصرفه عنه ما لا خير له فيهما وهو من جملة الأدعية بخير الدارين من باب قوله تعالى (ربناآتنافي الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة) الآية وبعد أعوام أكثر من عشرة رأيت كلام الشارح في شرح التكملة مثل كلامنا هذا وناقض كلامه هنالك كلامه هنا والحمد لله على الوفاق ، وأما قوله بل أكثر عمل العاملين إلخ ، فهذا ليس من الأمر الدنيوي ولئن سلم فهو لا يدخل تحت العلة وهي قوله انه ينافي الاخلاص بل العبادة خوفاً وطمعاً هي من الاخلاص وصدق الايمان وقد اثنى الله تعالى على الذين يدعونه خوفاً وطمعاً .

(٢) **قوله** : ـ باستحقاق المؤلف اقول : تقدم له ان التأليف هو ضم قلب الخارج عن الحق الى الحق ، وتقدم لنا في الحاشية عدم صحة اقتصاره على هذا في حقيقة التأليف ، ثم إنه تقدم له في الزكاة ان الذي يأخذه المؤلف سحت وهنا قال ما سمعته وتقدم لنا الرد عليه في قوله إنه سحت قبل وقوفنا على كلامه هنا ، فقلنا هنالك لما قال انه سحت يتأمل فيه فانه تعالى لا يفرض في كتابه قسطاً من المال وهو محرم على من جعله له فالحمد لله على الوفاق .

(٣) **قوله** : ـ لا يسوغ حراماً ، أقول : بل سوغه للضرورة كما انه يسوغ أكل الميتة للمضطر إلا أنه عند الحاجة التي لأجلها يسوغ الحرام لا يكون حراماً حين سوغه الله تعالى .

(٤) **قوله** : ـ لا يستلزم حرمان المأخوذ ، أقول : تقدم لنا ان هذا مبنى على انه صلىّ الله عليه وآله وسلّم اعطاهما وأخذاه ولا دليل في الحديث على انه أعطاهما « **فائدة** » التأجير على تلاوة القرآن كما يفعله كثير =

والموهوب جائز وإن لم يكن مستحقاً[1] ﴿ و ﴾ أما اشتراط أن ﴿ لا ﴾ تكون المنفعة ﴿ **محظورة** ﴾ كالزنا والغناء والكهانة والسحر فلأن الإجارة بيع منفعة وقد تقدم في البيع أنه لا يصح بيع المحرم ، كيف وقد أخرج الشيخان وغيرهما من حديث جابر وابن عباس رضي الله

= من الناس في غالب الأقطار داخل في عموم جواز التأجير ولكنه جزم بعض علماء المدينة النبوية من المعاصرين لنا بتحريمه وألف في ذلك رسالة وصلت إلينا لعله في سنة ١١٦٥ وقد جمع فيها أدلة ليس فيها دليل ينهض على المدعي ولا تروج عند الأذكياء فألفت رسالة في بيان بطلان ادلته سميتها « إقامة البرهان على جواز التأجير على تلاوة القرآن » ولولا خوف التطويل لذكرنا ها هنا الأصل والجواب .

(١) **قوله** : ـ وإن لم يكن مستحقاً ، اقول مسلم فيما ذكر لكن في اخذهما ما هو مستحق بغيرهما كما صرح به قوله قريباً كيف وَلَامُ الاستحقاق متعلقة بكل من المصارف فلا حق لغيرهم فيها بخلاف المباح والموهوب فلا حق فيه إلا لمن أخذه او هب له فلا يتم القياس ، (فائدة) في شرح ابن بهران ويجوز تأجير كتب الهداية وبيعها وفي تأجير المصحف الخلاف في بيعه ، ولا يجوز الاستئجار على تعلم السحر والكتب المنسوخة كالتوراة والانجيل ولا على تعليم الكافر القرآن حيث لا يريد الاسلام ، قال ابو مضر وتجوز أخذ الأجرة على كتابة قبالة الحكم والفتيا بالاجماع لأن ذلك غير واجب على الحاكم والمفتي ، وقيل أما إذا كانت ثمرة الحكم والفتيا لا تحصل إلا بكتابتهما لم يجز أخذ الأجرة عليهما ، وهو متجه ، وأما اخذ الأجرة على تلاوة القرآن على القبور ونحوها فجائز على الأصح قياساً على الرقية بجامع عدم الوجوب ، وقال المنصور وتجوز القراءة في المصحف وان كره صاحبه ، قيل وكذا يجوز النظر في كتاب الغير واخذ المسألة عنه وإن كره حيث لم توجد في غيره ولا وجد من يسأله عن تلك المسألة والا لم يجز قلت وفي تحريم تعليم التوراة والانجيل تأمل وفي الغيث يجوز على تعليم الهجاء والخط إجماعاً ويجوز على تعليم الصغير القرآن ، واعلم ان للشافعية تفصيلاً في الاجارة على قراءة القرآن على الميت فقالوا ان كانت على رأس القبر فهذه الاجارة صحيحة كما افتى به العمراني والماوردي والقاضي حسين واختاره النووي . الثاني الاستئجار على ان يقرأ على الميت من غير تقييد بذكر القبر فهذه حكمها حكم الأولى فتعين القراءة على القبر تنزيلاً للمطلق منزلة المقيد كما فتى به جماعة ، الثالث الاستئجار للقراءة عند القبر فان أراد مع ذلك ويدعو للميت مثلاً فيصح ايضاً أو أراد ينوي الثواب له فذلك كما افتى به السبكي ورده ابن حجر في التحفة فقال وفيه الثواب من غير دعائه لغو خلافاً لجمع لكن المعتمد خلافه فلا تصح الاجارة لأن التصرف في العمل وثوابه على وجه لم يرد عن الشارع ما يصلح دليلاً له لا أثر له ، واما الأيمة الثلاثة فيقولون بوصول ثواب ذلك للميت فالاجارة صحيحة وقال ابن القيم ان شرط الموصى القراءة عند قبره دون البيوت التي أذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه فالناس لهم قولان احدهما ان القراءة لا تصل للميت فلا فرق بين أن يقرأ عند القبر او بعيداً منه عند هؤلاء ، والثاني انها =

عنه وأبي هريرة أن النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم، قال : (قاتل الله اليهود حرم الله عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها) لَفْظُ الشيخين من حديث أبي هريرة وغيره بمعناه زاد أبو داود من حديث ابن عباس « وان الله اذا حرم على قوم أكل شيء حرم ثمنه» وعند مسلم والموطأ والنسائي من حديث عبد الرحمن بن وعلة في الخمر «ان الذي حرم شربها حرم ثمنها» ، وعند أبي داود من حديث أبي هريرة مرفوعاً « إن الله حرم الخمر وثمنها وحرم الميتة وثمنها وحرم الخنزير وثمنه» وتقدم حديث أن النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم نهى عن ثمن الكلب ، فقد بان أن تحريم شيء يستلزم تحريم بيعه وثمنه فيحرم ثمن المنفعة المحرمة كما يحرم بيعها ﴿ **وشرط كل**[١] **مؤجر)** بصيغة اسم المفعول ﴿ **ولايته** ﴾ باضافة المصدر إلى مفعوله لكنه لا معنى لجعل الولاية شرطاً للمؤجر نفسه وإنما هي شرط للتأجير نفسه على انها لا تشترط له ايضاً لصحة عقدها موقوفاً ﴿ **و** ﴾ من شرط تأجير المؤجر ﴿ **تعيينه** ﴾ ولو مخيراً ﴿ **و** ﴾ تعيين ﴿ **مدته** ﴾[٢] أي مدة تأجيره ففي الضمير تسامح ﴿ **أو ما في حكمها** ﴾ من المسافة والعمل[٣] والمكان ﴿ **و** ﴾ إذا أطلقت الإجارة عن التوقيت فان ﴿ **اول مطلقها** ﴾ عن التقييد ما يعين اولها هو ﴿ **وقت العقد** ﴾ ومكانه ، وأما ما يتعين به آخرها فلا يصح إطلاقها عنه **لكن فيه بحثان** أحدهما ان استعمال المطلق في المقيد مجاز فلا بد له من قرينة تعينه ولو بالعادة لما علم من صحة تقييد المطلق بها فان كان هناك عادة تعين وقت العقد فتقييده بها مسلم وإلا فلا دلالة[٤] للمطلق على المقيد

= تصل ووصولها فرع حصول الثواب للقارىء ثم ينتقل منه الى الميت فاذا كانت قراءة القارىء ومجيئه الى القبر انما هو لأجل الجعل لم يقصد به التقرب الى الله تعالى لم يحصل له ثواب ، فكيف ينتقل عنه الى الميت وهو فرع فما زاد في مجيئه الى التربة إلا العناء والتعب بخلاف ما اذا قرأ في مسجد او غيره يكون أسهل عليه واعظم لاخلاصه ثم يجعل ثواب ذلك للميت وصل اليه . ومراده ان شرط الموصى ان يقرأ على قبره شرط يلغو لا يجوز اعتماده.

(١) **قوله** : ـ وشرط كل مؤجر ، أقول : استغنى عنه الأثمار بجعل الولاية من قيود رسم الاجارة وهو المناسب لقول الشارح انها من شروط التأجير والفتح يجعله كالتعيين.

(٢) **قال**: ـ تعيين مدته ، أقول: ـ هو ان يكون مدة التأجير معلومة الانتهاء.

(٣) **قوله** : ـ من العمل ، أقول: يريد من الأعمال المحصورة كخياطة القميص وقوله والمكان كتأجيره على الذهاب الى مكان معين.

(٤) **قوله** : ـ فلا دلالة للمطلق على المقيد ، أقول : ليس من الاطلاق والتقيد بل من حمل المطلق على الفرد الأظهر لفصل الشجار وإلا لم ينفصل شجار إن لم نقل بذلك ولأنه ملك المنفعة بالعقد كما تملك العين المباعة به .

بنفسه، ثانيهما: أن الإجارة يدخلها التخير في العمل والإجارة والمسافة ، وقد علم ان حكم المدة حكم المسافة وعلم في الأصول ان المطلق من المخير غاية ما يلزم ثبوت خيار التعيين لهما او لاحدهما مدة معلومة ، وهذا ينافي القول بأن اول مطلقها وقت العقد لأنه غير مستقر قبل انقضاء مدة الخيار فلا بد من القول بجواز تعليقها بالمستقبل والقول[1] بان الخيار والتخيير الذي منه الاطلاق لا يدخلانها ﴿ و ﴾ من شروط تأجير المؤجر تعيين ﴿ **اجرته** ﴾ على حسب ما مضى في تعيين ثمن المبيع ﴿ و ﴾ الأجرة ﴿ **تصح** ﴾ ان تكون ﴿ **منفعة** ﴾ لعين أخرى فان المنافع مال وإنما خالف ابو حنيفة والمنصور وبعض أهل المذهب فيما لو تساوت المنفعتان قياساً لبيع المنافع على بيع الأعيان في دخوله الربى فيحرم التفاضل والنساء فيما اتفقا فيه جنساً وقدراً او النساء لا التفاضل فيما اختلفا في احدهما ولا محيص[2] لمن صحح القياس عن ذلك ﴿ و ﴾ الأجرة تصح ان تكون ﴿ **ما يصح ثمناً** ﴾ وقال الصادق والناصر ومالك لا تصح اجارة الأراضي بالطعام لأنها[3] المحاقلة المنهي عنها ثبت تفسيرها بذلك في المتفق عليه من حديث أبي سعيد وبه « وبيع الزرع بالقمح » عند مسلم والنسائي من حديث سعيد بن المسيب مرسلاً ويروي[4] مرفوعاً من وجه ضعيف عن رافع بن خديج عن بعض عمومته ان

---

(١) **قوله**: ـ او القول بأن الخيار الى قوله لا يدخلانها ، أقول : لهم ان يختاروا انه لا يدخل التخيير في المطلق وسيأتيك تحقيق ذلك .

(٢) **قوله** : ـ ولا محيص لمن صحح القياس عن ذلك ، أقول : اي قياس المنافع على الأعيان إلا انه لا يخفى أن إلحاق إجارة العين بِبَيْعِها قياس مع الفارق ولذا قال الشافعي بجواز إجارة الحلى والجواهر وسائر ما يلبسه النساء فإن كان الحلى ذهباً فاكتراه بذهب او فضة جاز من غير اشتراط قبض في المجلس لأنه لا ربا بين الذهب ومنافع الذهب.

(٣) **قوله** : ـ المحاقلة ، أقول في النهاية المحاقلة مفاعلة من الحقل وهو الزرع اذا تشعب قبل ان يغلظ سوقه وقيل من الحقل وهي الأرض التي تزرع ويسميه اهل العراق المراح واختلف فيها قيل هي كراء الأرض بالحنطة، هكذا جاء مفسراً في الحديث وهو الذي يسميه الزارعون المحارثة وقيل هي المزارعة على نصيب معلوم كالثلث والربع ونحوهما وقيل بيع الطعام في سنبلة بالبر وقيل بيع الزرع قبل إدراكه والشارح اختار انها المزارعة ويأتي تحقيقه في المزارعة والشارح استعجل هنا وهو في البحر في تأجير الأراضي.

(٤) **قوله** : ـ وروى مرفوعاً من وجه ضعيف ، أقول : سيأتي انه لا ضعف فيه وان البخاري اخرجه وانما قدح فيه احمد للاضطراب في الفاظه وقد رد عليه البخاري كما يأتي.

النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم نهى ان يكري الأرض بطعام مسمى ، واما تفسير المحاقلة ببيع الزرع بكيل معلوم كما وقع تفسيرها به في مرسل سعيد بن المسيب فانما اخذه من تفسير جابر لها ولا يناسب المعنى الأصلي للحقل فان الحقل في الأصل هو التراب الطيب الذي يزرع فيه ومن أمثالهم «لا ينبت البقلة الا الحقلة» ولهذا سموا الوجع في بطن الفرس من أكل التراب حقلة ، وربما اطلق الحقل مجازاً على ما حل فيه من الزرع تسمية للحال باسم المحل ، فلهذا فسرت المحاقلة بكري الأرض تارة وببيع الزرع اخرى فالأول هو الحقيقي ، والثاني هو المجازي ، وقد لبسهما صاحب القاموس ومثل ذلك مما عيب عليه .

وبالجملة مناط النهي النبوي استيفاء الثمن بدون استيفاء الغرض من المنفعة كما في بيع الثمر على الشجر ولهذا أمر النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم بوضع الجوائح كما تقدم ﴿ **و** ﴾ من شروط تأجير المؤجر تعيين ﴿ **منفعته إن اختلفت** ﴾ منافعه ﴿ **و** ﴾ اختلف ﴿**ضررها** ﴾ إلا إن تعين أضرها فإنه لا يتعين ﴿**يجوز فعل الأقل ضراً**﴾ والمساوي ﴿ **وإن عين غيره** ﴾ بل لو شرط أن لا يفعل إلا الأكثر ضرراً لفسدت الإجارة لأن موجبها الانتفاع بلا ضرر ﴿ **و** ﴾ الإجارة ﴿ **يدخلها الخيار** ﴾ لرؤية أو عيب مطلقاً ولشرط مدة معلومة من مدة الأجارة إن كانت مما يفتقر الى بيان المدة او من غيرها إن صححنا تقييد العقد بمستقبل ، وهنا للمفرعين تفاصيل يغني عنها أهلية الفقيه وتيقظه لما يفسد العقود وما لا يفسد ﴿ **و** ﴾ يدخلها ﴿ **التخيير** ﴾[1] في متعلقها من الأعمال وإن لم يشترط خياراً وأما من الأعيان فقيل[2] لا يصح الا بشرط الخيار مدة معلومة وهو بناء على عدم صحة بيع المبهم ، وقد تقدم انه ينعقد ويثبت خيار التعيين فوراً لأن ذلك معنى التخيير ﴿ **و** ﴾ يدخلها ﴿ **التعليق** ﴾ هذا وهم سيأتي نقيضه في قوله ولا يدخل عقد على عقد ونحوه وقد[3] حذفه في الأثمار وإنما يتمشى على قول

---

(١) **قوله** : ـ والتخيير ، اقول في الفتح الامامان ان خيار الشرط لا يدخل في غير الأعيان كأن يستأجر أجيراً ويجعل لنفسه أوْلَهُ الخيار مدة معلومة ، وأما في الدار ونحوها فانه لا يدخلها لما في ذلك من ارتكاب إشكالات واختلافات وتوجيهات بين المذاكرين وتحصيل بلا حاصل .

(٢) **قوله** : ـ فقيل لا يصح الا بشرط الخيار مدة معلومة ، اقول هو الذي في التذكرة وقول الشارح ان بيع المبهم ينعقد تقدم ذكره في شرح «فصل والمبيع» .

(٣) **قوله** : وقد حذفه الأثمار ، أقول : بل ذكره فقال ويدخلها الخيار والتعليق والتخيير إلا انه استضعف جعله للمذهب ، قال شارحه التعليق نحو ان يقول المستأجر للأجير اعرض هذه السلعة مدة كذا وكذا

المؤ يد بالله والإمام يحيى والفريقين بصحة توقيتها بمستقبل ولهذا عدل الشارح في تمثيل التعليق هنا إلى قوله نحو أن يقول صاحب السلعة للمنادي أعرضها فإن بعتها بكذا فلك كذا لكن ليس هذا تعليقاً للإجارة وإنما هو تعليق لتسليم[1] الإجارة بتمام العمل فلا يرد أنها بيع ولا يدخله التعليق لأن وزان ما ذكر وزان على تأدية الثمن او المبيع وإلا فلا بيع ، وقد تقدم صحته وذلك لأن المنفعة التي هي احد العوضين هنا هي نفس الشرط كما في اشتراط الثمن او المبيع فيما تقدم فكان ذلك كالشرط الحالي لأن تسليم أحد العوضين من موجبات العقد اللازمة في الحال ﴿ و ﴾ يدخلها ﴿ **التضمين** ﴾ للعين المؤجرة فيضمنها ولو فاتت بغير تفريط في إجارة صحيحة او فاسدة سواء قارن العقد أو تأخر لأنه يلحق بالعقد الزيادة والنقص المعلومان كما تقدم لأنه كبعض الإجارة ، وقال الفريقان لا يضمن مطلقاً وإن ضمن لنا أن شرط الضمان يصير كجزء من الأجرة فيلزم تسليمه ، وأما حيث لا تضمين فلا ضمان اتفاقاً لأنها مقبوضة بإذن المالك فأشبهت الوديعة ، وأما احتجاج المصنف بحديث الزعيم غارم كما سيأتي في الكفالة إن شاء الله تعالى فقد[2] أهدر عمومه بما سيأتي من عدم ضمان الخاص والمضارب والوصي والوديع والوكيل والملتقط وإن ضمنوا ، واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عن تضمين أثر الاستعمال فإن تضمينه يلغو لأنه ضروري لاستيفاء المنفعة فكأنه جزؤها ، وقيل بل يفسدها لأنه رفع لموجبها ﴿ و ﴾ متى استوفى المستأجر منفعة العين المؤجرة فإنه ﴿ **يجب الرد** ﴾ لها خلافاً للمؤ يد

= فان بعت وإلا فلا شيء لك فان تعليق الأجرة على هذا الشرط يصح ، ويصح العقد عند المذاكرين. نعم انتقل ذهن الشارح من الفتح الى الاثمار فانه حذفه بل نفاه فقال لا انه يصح تعليق عقدها المستقبل إيجاباً في مستقبل كما اذا جاء زيد كما في البيع وسائر العقود وان كان الأزهار قد قرر صحة ذلك ففيه ما فيه. ولا يقال مراده انه حذف الأثمار « ولا يدخل عقد على عقد » لأنا نقول وهذا ايضاً ذكره الأثمار بقوله ولا يصح في المستقبل ، إلا في الأعمال ، قال شارحه اي لا يصح عقد الاجارة بوقت مستقبل سواء تضمن ذلك إدخال عقد على عقد نحو أن يؤجر داره من زيد شهر رجب ومن عمرو شهر شعبان ام لا يتضمن ذلك بل علق عقدها بوقت مستقبل نحو ان يقول وهو في رجب اجرتكها في شعبان ونحو ذلك فان الاجارة لا تصح في الصورتين.

(١) قوله : ـ لتسليم الأجرة ، أقول : بل التعليق لاستحقاق تسليم الأجرة وكأنه على حذف المضاف وهذا المثال هو الذي في شرح الأثمار كما سلف.

(٢) قوله : ـ فقد اهدر عمومه الخ. اقول : قد عرفت ان تخصيص العام لا يخرجه عن كونه دليلاً في ما لم يخص فتذكر.

بالله مطلقاً ولأبي حنيفة فيما لا مـؤونة لحمله وقيل العكس ولم يزد المصنف في الاحتجاج لما ادعاه على قوله إذ لا وجه لإمساكها بعد استيفاء الحق منها كالعارية وهو تهافت كما ترى لأنه لا نزاع في انتفاء وجه جواز الامساك إنما النزاع في وجود وجه وجوب الرد والقياس على العارية ظاهر الفرق إذ الإجارة معاوضة كالبيع وإذا استوفى المعاوض عوض حقه كان الرد زيادة منفعة بل ربما كان زيادة عين إذا كان لايصاله مؤ ونة ولهذا نظر أبو حنيفة في عدم إيجابه رد ما لرده مؤ ونة ولا وجه لتخصيص ماله مؤ ونة لأن منفعة الرد مال كالمؤ ونة فالحق ان الايصال أمر زايد على الحق ، وقد أسلفنا في القرض ما إذا التفت إليه زادك [١] بصيرة ﴿ و ﴾ أما وجوب ﴿ **التخلية** ﴾ للمؤجَّر عما يشغله بحيث يمنع مالكه عن منفعته فذلك من تمام التسليم لا من الرد ولا شك في وجوبه ﴿ **فوراً** ﴾ وإلا كان استهلاكاً لمنفعة لا يستحقها المستأجر ﴿ **و إلا** ﴾ يرد المستأجر ولا يخل عن الشاغل ﴿ **ضمن** ﴾ ما غصبه إما لعدم التخلية فلأنه بالشاغل غاصب للمنفعة فيضمنها لظاهر قولهم إن غصب المنفعة غصب للعين كما صرح به قوله ﴿ **هو وأجرة مثله** ﴾ وفيه نظر عسى ان يأتي في الغصب إن شاء الله تحقيقه ، وأما الضمان لعدم الرد ﴿ **و إن لم ينتفع** ﴾ فبناء على [٢] ما عرفناك بطلانه وأما قوله ﴿ **إلا لعذر** ﴾ فأراد به إلا لمانع من الرد كغيبة المالك او من الضمان كاشتراط عدم الرد او الابراء من قيمة التالف ﴿ **و** ﴾ الرد والتخلية ﴿ **مؤنهما ومدة التخلية** ﴾ يجبان ﴿ **عليه** ﴾ اما المؤ ونة فظاهر واما المدة فالمراد انها تنقص من مدة الإجارة وإلا كان شغل العين فيها بعد انقضاء مدة الإجارة استهلاكاً لمنفعة لم يقع عليها العقد ﴿ **لا** ﴾ انه يجب عليه ﴿ **الانفاق** ﴾ للعين إذا احتاجت نفقة كالحيوان لكنه إذا جرى عرف بأن النفقة تكون على المستأجر لزمته وكانت الإجارة فاسدة بجهل قدر الاجرة إلا أن يعين قدر النفقة على المستأجر .

فصل

﴿ **و إنما تستحق أجرة الأعيان باستيفاء المنافع** ﴾ المعقود عليها الإجارة إجماعاً وأما قوله ﴿ **أو التخلية الصحيحة** ﴾ للعين المؤجرة فانما يتمشى الحكم لاستحقاق الأجرة بها بعد تصحيح كون عقد الإجارة لازماً فقد [٣] عرفناك عدم انتهاض الدليل على لزومه

---

(١) **قوله** : ـ زادك بصيرة ، أقول: تقدم له في فصل ويجب رد القرض والرهن انه لا يجب رد العين المستأجرة بل يجب التسليم فقط واستوفى ما في الأدلة من الأبحاث واليه جنح المنار وهو مذهب المؤ يد بالله .

(٢) **قوله** : ـ فبناء على ما عرفناك بطلانه ، اقول يريد في قوله والحق ان الإيصال الخ .

﴿ **فصل** ﴾ **وانما تستحق اجرة الاعيان**

(٣) **قوله** : وقد عرفناك عدم انتهاض الدليل على لزومه أقول عرفناك نهوض الدليل على اللزوم .

ثم التخلية الصحيحة هي ما كانت في عقد صحيح بلا مانع عقلي ولا شرعي ولا عادي على ما تقدم في البيع ﴿ **فان تعذر الانتفاع لعارض** ﴾ عرض ﴿ **في العين** ﴾ منع منفعتها بعد [١] القبض كانهدام بعض الدار ﴿ **سقط** ﴾ قدر اجرة المنفعة الفائتة وبقدر ﴿ **حصتها** ﴾ ولا تبطل الإجارة في الباقي لأنه لما لم يملك كان ذلك عيباً فيها كأنه حادث في يد البائع فللمستأجر الفسخ به وقال أبو ثور لا فسخ به لأنه كتلف المبيع في يد المشتري ورد [٢] بأن قبض المبيع مشتمل على جميعه بخلاف المنفعة فانما تقبض بالتدريج فلا قبض لما تعذر منها ﴿ **وعلى المالك الاصلاح** ﴾ لما تجدد فساده بعد العقد لا لما كان قبله وعلمه المستأجر ﴿ **فان تعذر** ﴾ الاصلاح ﴿ **في المدة** ﴾ لإعسار المالك أو نحو ذلك ولم يفسخ المستأجر ﴿ **سقط** ﴾ من الأجرة مقدار المنفعة الفايتة ويقدر ﴿ **بحصتها من الأجرة وإذا عقد** ﴾ المالك الإجارة ﴿ **لاثنين فللأول إن ترتبا** ﴾ لا إن وقعا في وقت واحد أو التبس فتبطل الإجارة ﴿ **و إذا قد عرفت** أن المنفعة قد صارت مملوكة للمستأجر فلو عقد مالك العين الآخر عليها وقصد أن ذلك العقد عن نفسه لا عن مالك المنفعة ثم أجاز مالك المنفعة عقد مالك العين عن نفسه فإن ﴿ **إجازة عقد المالك لنفسه** ﴾ أي عن نفسه لا عن المجيز ﴿ **فسخ** ﴾ من مالك المنفعة للعقد الأول الذي طرأ عليه العقد الثاني ﴿ **لا إمضاء** ﴾ للعقد الثاني ، وهذا تهافت لأن

---

(١) **قوله** : بعد القبض أقول : إذ لو كان قبله فانها تبطل الاجارة ، قال في الشرح بلا خلاف وأفاده الغيث وذكره الأثمار وفي شرح الفتح أنه أقاسه على تلف المبيع قبل قبضه ، قال وإن كان الفرق بين المقيس والمقيس عليه ممكناً فان تلف المبيع إبطال للمراد بالبيع من حيث هو على وجه لا يمكن رده كما كان ولا يملكه رأساً فلم يبق ما يستند إليه العقد وإنما يشتبه تلف المبيع لو تلف المؤجر كموت العبد المؤجر أو البهيمة ، وأما خراب الدار فلم يزل ولم يبطل إلا هيئته وصفته ويمكن إرجاعها فيعود الانتفاع فالعقد باق لبقاء ما يتعلق به ويستند إليه وهو محل المنفعة وهو الأعيان والقرار ، إذ المنفعة معنى في محل انطوى عليه عقد الأجارة ولذا يقال أجرتك هذه العين فيقال العقد باق ويخير المستأجر بين الفسخ والترك ويجبر المتمكن على الاصلاح ، وهذا بعينه حاصل قبل القبض كبعده لا يفارقه قط فأشبه تعيب المبيع تعيباً يتعذر معه الانتفاع مع رجو مداواته فانه لا يبطل ولو انتهى به الحال إلى أنه لا يبقى له نفع ثم لا يتم دعوى الاجماع على الفرع مع كون الأصل مختلفاً فيه ا هـ والشارح هذا سلم لهم ولم يذكر الدليل ولا ناقش فيه .

(٢) **قوله** : ورد بأن قبض المبيع الخ ، أقول تقدم له صحة بيع المنافع كبيع الأعيان وهنا أبدى الفارق ولم يرده .

الفسخ [١] مسبب عن الأمضاء فكيف يصح إثبات المسبب ونفي السبب اما لو عقد [٢] المالك عن المستأجر فأجاز المستأجر فأمضى إلا أن بجهل نية المالك فيخير بنية كون العقد عن المالك فلا فسخ ولا إمضاء ﴿ثم﴾ إذا التبس المتقدم من العقدين بعد العلم بتقدم أحدهما حكم بتقدم العقد ﴿للقابض﴾ لأن[٣] القبض قرينة التقدم لكن هذا إنما يتمشى على رأي من جعل الحكم لمن سبق بالدخول كما تقدم في عقد الوليين في النكاح ﴿ثم﴾ إذا استويا في القبض أو عدمه حكم ﴿للمقر له والا﴾ يعلم تقدم قبض ولا إقرار ﴿اشتركا﴾ إن لم يفسخا أو أحدهما بعيب الاشتراك لكن الاشتراك إنما يثبت مع التراضي وإلا فالقياس البطلان كما لو تهاترت البينتان لأن القسمة فرع تحقق حق لكل واحد كما في مسألة الخلط ولا تحقق هنا ﴿إلا﴾ على تقدير أن يكونا شريكين في العقد الواحد ، والفرض خلاف ذلك فالاشتراك منتف سواء كان لا

(١) **قوله** : لأن الفسخ مسبب عن الأمضاء ، أقول : لم يتضح وجهه فأنه لما أجاز عقد المالك وقد كانت المنفعة ملكاً له فقد تضمن فسخه العقد الذي كان في يده فهذا الفسخ ترتب على ملكه المنفعة ومضي العقد بها فأن اراد المانع انه ترتب هذا الفسخ على مضي العقد الأول فليس الكلام فيه بل في العقد الثاني الذي صدر عن مالك العين وهو غير مالك للمنفعة ، وذلك لأنها لا تكون الاجارة إمضاء إلا إذا كان العاقد مالكاً للمنفعة ، ولذا علل في الغيث عدم كون الاجارة إمضاء بأنه باع المنافع وهو غير مالك ، نعم للغيث مناقشة هنا تعلق بالتفرقة بين الأجارة والهبة .

(٢) **قوله** : أما عقد الملك الخ ، أقول : في الغيث أما لو أجر عن المستأجر لم يكن تأجيره فسخاً من جهته ولا اجارة المستأجر متممة له قلت والقياس انه يلغو عقد الثاني في هذه الصورة لكونه عقد عن المستأجر ولم يجزم المستأجر له بل للمالك فلو اجاز لنفسه صحت الاجارة اذا كان قد قبض وأستحق الأجرة لنفسه ولو باكثر مما استأجره به وذلك لأن تأجير المالك كاذنه ، وأما ان أجر المالك لنفسه وأجاز المستأجر لنفسه صح العقد ان كان لمثل أو بمثل لأن تأجير المالك هنا ليس بأذن منه ا هـ **فيحمل قول الشارح فأجاز المستأجر** بأنه اجر عن نفسه لا عن المالك كما يدل له **قوله فيخير بنية كون العقد عن المالك فلا فسخ ولا إمضاء** لأنها الصورة الأولى في الغيث ، **والثانية فيه هي الأولى في كلام الشارح** .

(٣) **قوله** : لان القبض قرينة التقدم الخ ، أقول : هكذا علله في البحر ، قال عليه المنار لا يظهر هذا اذ المراد بالقرينة ما تفيد الظن **وليس الأمر كذلك في الغالب ا هـ والشارح احاله على ماسلف في النكاح** .

قال ثم للمقر له ، أقول أي من أقر له البايع قال المنار فان كان اقراره ابتداء بأن قال بعت من هذا أولاً ومن هذا ثانياً ، ونحو ذلك فلا شك في قبول قوله اذ اقراره بخروج ملكه مقبول «ح» وهو مقيد بالاولوية فإقراره للآخر شهادة على الأول غير مقبولة فان أقر لهما معاً ثم فصل لم تقبل اذ هو شهادة .

لمانع من الشركة او ﴿ لمانع ﴾ نحو أن يختلف عملهما أو طريقهما أو لا يمكن القسمة إلا على وجه يفوت به غرض أحدهما او كليهما ﴿ و ﴾ إذا كانت الإجارة موجبة لملك المنفعة كان ﴿ **للمستأجر القابض** ﴾ للعين المؤجرة ﴿ **التأجير** ﴾ لها لأن له في ملكه كل تصرف ، وقال في المنتخب وأبو العباس لا يصح تأجير المستأجر إذ العين أمانة عنده .

وأجاب المصنف بأن ملكه المنافع صيره مأذوناً ولا يخفى أنه مصادر **قلت** : الخلاف ينبني على أن عقد الإجارة هل تعلق بالعين او بالمنفعة من ذهب إلى انه متعلق بالعين لم يجوز للمستأجر التأجير إذ لا ملك له في العين ومن ذهب إلى أنه متعلق بالمنفعة كما اختاره [١] المصنف وإنما تعلق التأجير بالعين لأن المنفعة مضافة إليها والمضاف لا يعقل إلا بالمضاف إليه جوز للمستأجر ﴿ **إلى غير المؤجر** ﴾ وقال الشافعي والمؤ يد بالله واليه قلنا يصير طالباً لتسليم العين من حيث هو مستأجر مطلوباً من حيث هو مؤجر ، ورُدَّ بمنع كونه مطلوباً لانقطاع ذلك بالعقد الثاني ، قلنا يصير طالباً [٢] للأجرة مطلوباً بها، قالوا لا يمتنع ذلك باعتبار الحيثية وإن سلم فقد اشترطنا أن يكون التأجير ﴿ **لمثل ما اكترى** ﴾ أو أقل منه ضرراً للعين ﴿ **وبمثله** ﴾ « والدينان إذا تساويا تساقطا » فلا يطالب ﴿ **وإلا** ﴾ يكن المستأجر قد قبض العين أولا يكن أجر لمثل ما اكترى بل لأكثر ضرراً للعين منه أولا بمثله بل بأجرة أكثر من الأجرة التي استأجر هو بها ﴿ **فلا** ﴾ يصح تأجيره ، اما لأكثر ضرراً فظاهر وأما قبل قبض العين فخالف الشافعي

---

(١) **قوله** : كما اختاره المصنف ، أقول : في البحر والمقصود بالعقد المنفعة والعين تبع وقيل العكس اذ يقال أجرتك داري أو عبدي فلو قصد المنفعة لم ينعقد مع اغفالها كما لو لم يذكر المبيع في البيع ، قلت بل هي المقصود اذ العوض في مقابلها ، أو استغنى بذكر العين لملازمتها . قلت قال بعض المحققين ان تمليك المنفعة شيء وتمليك الانتفاع شيء فالأول يملك به الانتفاع والمعاوضة ، والثاني يملك بها الانتفاع دون المعاوضة ، وعليها اجارة ما يستأجره لانه ملكه المنفعة بخلاف المعاوضة على البضع فانه لا يملكه وانما يملك ان ينتفع به وكذلك اجارة ما ملك ان ينتفع به من الحقوق كالجلوس بالرحاب والمدارس والربط لا يملكها لانه لا يملك المنفعة وانما يملك الانتفاع وعلى هذا الخلاف يخرج اجارة المستعار فمن منعها كالشافعي وأحمد ومن تبعهما قال لم تكن المنفعة ملكاً له وانه يملك الانتفاع ومن جوزها كمالك وأصحابه قال هو قد ملك المنفعة .

(٢) **قوله** : طالباً مطلوباً ، أقول : رجح في البحر كلام الشافعي ومن معه ، وقال في المنار حديث «طالباً مطلوباً» سهل اذ ينقطع بالقبض ثم لا يجوز الانتزاع من المستحق ولا يجب أكثر من ذلك وهو لا ينافي ما ذكر من صحة اتحاد المالك .

في اشتراط قبض العين محتجاً بأن الاجارة مخالفة القياس البيع فلا يقاس عليه ولأن قبض العين ليس قبضاً للمنفعة فالتأجير كله قبل القبض ، قلنا [٢] قبض العين مظنة قبض المنفعة والمظنة كثيراً ما لا يعتبر معها المئنة ، وأما منع التأجير بأكثر مما استأجر به فخالف فيه الحسن وعطا والبتي ومالك والشافعي ، لنا أن المنافع غير مقبوضة بقبض العين فالزيادة من ربح ما لم يضمن ، قالوا [٣] ممنوع بل المنفعة مضمونة بمجرد قبض العين وإن لم يقبض المنفعة ، قلنا لو تلفت العين قبل استيفائه المنفعة لم يضمن من المنفعة الا ما تقدم التلف فلم يكن قبض العين قبضاً للمنفعة ، قالوا إذا نكصتم عما تقدم لكم من أن وجود المظنة كاف عن المئنة ولأن تعليلكم بانه ربح ما لم يضمن ملزم لكم ببطلان قولكم ﴿ **إلا** [٤] **بأذن** ﴾ من المالك ﴿ **أو زيادة** ﴾

---

(١) **قوله** : مخالفة لقياس البيع ، أقول : اشارة الى دليل المنع قال في الغيث ان دليل المنع على القياس على البيع يعني وقد صح النهي عن بيع ما لم يقبض قلت ولا يخفى بعد الحاق المنافع بالاعيان في ذلك عند أهل المذهب لا عند الشارح فيلزمه لتصحيحه بيع المنافع والمنار جنح الى ما اختاره المصنف .

(٢) **قوله**: قلنا قبض العين مظنة قبض المنفعة، أقول : هذا الدليل تبرع به الشارح لهم واعترضه فيما سيأتي بقوله نكصتم وهذا شيء لم يذكروه والذي في البحر رداً على الشافعي ، قلنا لا نسلم فأما ضمانها فلتلفها اذ لو تلفت العين في وسط المدة لم يلزم الا حصة ما مضى .

(٣) **قوله** : قالوا ممنوع بل المنفعة ، أقول : في المنار محصل ما في البحر من الاستدلال انها لما كانت المنافع معاني لم يمكن قصدها منفردة فلو قصدت منفردة لم تصح الاجارة لانها بيع معدوم ، فأقيمت العين مقامها فيما مست الحاجة اليه ، وبذلك صار بيع تلك المنافع اجارة وأسر اليه باللفظ الدال على مجموع ذلك مثل أجرت منك العين ولم يصح بعت منك منافعها ، لئلا يتهم انها منظورة على انفرادها فلما كان كذلك كان قبض العين قبضاً لها فكأنها موجودة دفعة واحدة تصح المبادلة بها كذلك وزيادة البدل أعني الأجرة ونقصانه لا دخل له في ذلك ، وتحقيقه ما ذكر انه تلزمه الأجرة بمضي المدة وان لم يستعمل فالاظهر في المسألة قول المنصور ومن معه بعد الأذن الصريح والعرف الشائع كما عليه الناس اليوم في المساكن في مكة فقد يستأجر أحدهم فيؤجر بأكثر حتى صار نوعاً من التكسب .

(٤) **قال** : الا بأذن ، أقول : الاستثناء يعود الى التأجير بأكثر لا الى الاجارة قبل القبض فأنه لا أثر للأذن فيها وقد احترز عنه الفتح والمصنف قال والا يكن المستأجر قد قبض ، وأراد أن يؤجر من المالك أو بأكثر من العمل الذي استأجرها له فلا يجوز الا بأذن المالك . فأعاد ذلك الى كل ما منعه من الثلاثة .

تحصل في العين بتأجير المستأجر لاشتراطه إحداث أمر فيها ﴿ **مرغب** ﴾ [١] لمالك العين لأن علة منعكم التأجير مع عدم الأمرين موجودة معهما إذ الزيادة على مثل ما اكترى به من ربح ما لم يضمن ، قلنا الزيادة من ثمرات العين لا من ثمرات المنفعة فليس له من ثمرة العين إلا قدر ما سلمه ورد بالمنع مسنداً بأن الأجرة قيمة المنفعة لا قيمة العين فهي من ثمرات المنفعة ، وأما قوله ﴿ **ولا يدخل عقد على عقد** ﴾ فحاصله [٢] انه لا يصح عقد الاجارة معلقاً بأمر مستقبل لأن العقد إذا دخل على عقد توقف على مضي مدة العقد الأول ، ولو قال كذلك لكان [٣] أظهر وأشمل كما لو عقدها معلقة بوقت مستقبل وإن لم يدخل ذلك العقد على عقد فيستريح من قوله ﴿ **أو نحوه** ﴾ وأجازه [٤] الناصر والمؤيد وأبو حنيفة ، لنا أن التقييد بمستقبل رافع لموجب العقد ورد بالمنع وإنما يرفع موجب المطلق لا موجب المقيد فإنه إنما يستحق ملك المنفعة عند حصول قيد العقد ، قلنا هو بيع منفعة ، وقد امتنع مثل ذلك في البيع ، قالوا أحكامهما مختلفة ولهذا يتأبد البيع ولا يتغيا بخلافها فكما تغيت في النهاية تتغيا في البداية قلنا غرر لجواز تعذر التسليم عند وجود القيد المستقبل فكان كبيع الطير في الهواء ، قالوا معارض بمثل ذلك في بيع الغائب فما أجبتم به فهو جوابنا بل مجرد تجويز تقيد عدم القبض حاصل

---

(١) **قال** : مرغب لمالك العين ، أقول : عبارة المصنف أو زاد المستأجر في العين زيادة مرغب فيها كالبناء والاصلاح ثم أجرها بأكثر لاجل تلك الزيادة وان لم يأذن المالك . وهو يدل ان المراد مرغب لمن يستأجرها من المستأجر لا من المالك .

(٢) **قوله** : فحاصله انه لا يصح عقد الاجارة معلقاً بأمر مستقبل ، أقول : تقدم لك عن شرح الاثمار ان عبارة التعليق بأمر مستقبل أعم من ادخال عقد على عقد فليست حاصله .

(٣) **قوله** : لكان أظهر وأشمل ، أقول : قدمنا انه عبر الاثمار عن ذلك بقوله ولا يصح في مستقبل الا في الأعمال ، ومثله عبارة الفتح ووجه الاظهرية انه يفيد علة الحكم فانه علل في الغيث لان الاستئجار على الوقت المستقبل لا يصح والاشملية ظاهرة الا انه ظهر لك انه جعل عبارة المصنف حاصل ما جعله أشمل وسلف ما فيه .

(٤) **قوله** : وأجازه الناصر والمؤيد وأبو حنيفة ، أقول : في المنهاج ولا تجوز اجارة عين لمنفعة مستقبلة قال في شرحه «النجم الوهاج» مثل اجارة الدار السنة المستقبلة خلافاً للأيمة الثلاثة وسموها الاجارة المضافة ، لنا ان اجارة العين كبيع العين وهو لو باعها على ان يسلمها بعد شهر لم يصح ، وكذا الاجارة واحترز بالعين عن اجارة الذمة فانه يحتمل فيها التعجيل والتأجيل . ومراده بالثلاثة مالكاً وأبا حنيفة وأحمد ، والشارح قد جنح الى هذا القول بما حققه في الحل .

في المبيع بجواز تلفه قبل القبض وإنما امتنع بيع الطير في الهواء لعلية عدم إمكان قبضه، والحل[١] أنها مبنية على ذلك لأن تجويز عدم حصول المنفعة حاصل في كل وقت لغيبوبتها واستقبالها فقد اغتفر مثل ذلك فيها وإن لم يغتفر في البيع فلا قياس[٢] لاختلاف الحكمين.

وتحقيقه : أن عقدها لما كان عقداً على معدوم صح تعلقه بالمستقبل بخلاف البيع فعقده على موجود فلم يصح تعلقه بمستقبل لولا ذلك لما صح قولكم ﴿ **إلا في** ﴾ الاجارة على ﴿ **الأعمال** ﴾ لأنها من إجارة الأعيان في الحقيقة فان استأجر على حج هذه السنة ثم استأجر فيها على حج الأخرى فقد أدخل عقداً على عقد أو استأجر عيناً لطلب منفعتها في المستقبل ، وقوله ﴿ **غالباً** ﴾ احتراز عما لو استأجر على تأدية حجة في هذه السنة ثم على أخرى فيها فإن ذلك لا يصح بناء على أنه لا يصح الاشتراك في النسك الواحد وهو منقوض بكفاية الأحرام الواحد للحج والعمرة في القرآن وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم لعائشة « طوافك بالبيت وبين الصفا والمروة يكفيك لحجك وعمرتك » كما تقدم فليكف الواحد من المناسك لحجتين قياساً على كفايته لحج وعمرة لأن العمرة حج أصغر كما تقدم ولا محيص [٣] لمن صحح القياس عن ذلك ، ﴿ **وما تعيب** ﴾ من المؤجرات ﴿ **ترك** ﴾ أي فسخ ﴿ **فوراً** ﴾ لما تقدم في الرد

(١) **قوله** : والحل ، أقول : أي حل عقدة شبهة الدليل على انه يكون العقد على المستقبل عقد غرر ، فقال حل هذه الشبهة ان عقد الاجارة كله مبني على الغرر ، فقوله على ذلك اشارة الى الغرر ، وغفلة بان تجويز حصول المنفعة من العين المستأجرة حاصل في كل وقت لانها غائبة ومستقبلة فان المستأجر في كل حين يأخذ جزءاً من المنفعة وكلامه واضح صحيح دال على جواز عقدها على المستقبل .

(٢) **قوله** : فلا قياس لاختلاف الحكمين ، أقول : حاصل الاستدلال للمنع وهو سند للمنع لما عرف في آداب البحث انه لا يلزم المانع الدليل والسند هنا هو الحاق الاجارة بالبيع كما في التأجير قبل القبض ، وما أبداه الشارح من الفروق يقتضي بانه لا يلحق الاجارة بالبيع في الاحكام لوجود الفارق ، ومن شرط صحة القياس عدم الفارق فالاظهر مع المانع لقياسها على البيع .

(٣) **قوله** : ولا محيص لمن صحح القياس عن ذلك ، أقول : هذا قياس على القارن لانهم يريدون انه لا يحرم بحجتين عن شخصين مثلاً فهذا هو الممنوع ، وأما احرام القارن فورد به النص على انه ليس من محل النزاع اذ الكلام في ادخال عقد على عقد وهذا في اجزاء طواف عن طوافين على أنه لا يتم الزام أهل المذهب بما قاله ودعواه انه لا محيص لهم عن ذلك وذلك لانهم يقولون انها تتعدد اعمال الحج على القارن فيلزمه طوافان وسعيان كما سلف فهم لا يقولون بحكم الاصل حتى يلزمهم الحاق الفرع به على تسليم ما قاله على انا نقول يقلع هذه الشبهة التي أتى بها حديث الذي سمعه صلى الله عليه وآله =

بالعيب ﴿ **ولو خشي** ﴾ من الفسخ ﴿ **تلف ماله** ﴾ كما لو انكشف ان في الدابة عيباً والحمل عليها فإنه إذا لم يطرحه ولو في القفر كان ذلك رضى بالعيب [١] لا يثبت له معه رد وقيل لا يمنعه ذلك من الرد لأنه مغرور من جهة المؤجر ، وما تلف عليه بسبب العيب فهو غرم لحقه بسببه فله تغريمه أيضاً لكن هذا لا يتجه إلا فيما تقدم العيب على عقد الاجارة لا فيما حدث بعدها لا لو خشي من الفسخ تلف ﴿ **نفسه** ﴾ لو لم يركب الدابة فان ركوبه عليها بعد العلم بعيبها لا يمنع الفسخ عند الأمان على نفسه لأنه يجوز تناول مال الغير لحفظ النفس كوجوب سد الرمق كما تقدم لا لحفظ المال ففيه ما تقدم ﴿ **وإلا** ﴾ يترك ماله بل حمله على المعيبة ﴿ **كان** ﴾ ذلك ﴿ **رضى** ﴾ منه بالعيب يمنعه الفسخ ﴿ **ومنه** ﴾ أي من العيب ﴿ **نقصان ماء الأرض** ﴾ المستأجرة نازلا [٢] من السماء أو نابعاً من الأرض إذا كان ذلك الماء ﴿ **الناقص** ﴾

= وسلم يلبي عن شبرمة فقال له «هل حججت عن نفسك قال لا فقال صلى الله عليه وآله وسلم هذه لك وحج عن شبرمة» فانه لو كان يجزيه الحج عن نفسه وعن شبرمة لبينه صلى الله عليه وآله وسلم له . فان هذا موضع الحاجة الى البيان ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ولأنه بعث بالحنيفية السهلة ، ولان الله تعالى يريد بعباده اليسر ولا يريد بهم العسر ، ولو كان ذلك مجزياً لما كلفه بحجة أخرى يأتي بها من العام القابل عن شبرمة ، وأعلم ان التحقيق انه لم يقع في حج القارن طواف عن طوافين فانه ليس على القارن الا طواف واحد وسعي واحد يكفيه لحجه وعمرته كما أفاده لفظ النص ، وقرره الشارح فيما سلف في الحج ، وانما اذا انفردت العمرة فلا بد لها من طواف وسعي واحرام ، كما اذا انفرد الحج فلا بد له من ذلك مع غيره من نحو الوقوف ورمي الجمار فأصل دعواه في القارن غير صحيحة بل هو باطل عند من ألزمهم ، وباطل في نفس الأمر لقيام الدليل على خلافه وباطل على رأي الشارح كما عرفت .

(١) **قوله** : رضي بالعيب لا يثبت له معه رد ، أقول : في الغيث عن المنصور وأبي يوسف لا يجب عليه القاء الحمل اذا خشي تلف المال ولا يكون حمله عليه رضى لان في ذلك اضاعة المال ، ولكن يجب عليه أجرة المثل ، قلت وهو أقرب ما لم يخف من تحميل ماله على المعيب تلفه فأنه لا يحفظ ماله باتلاف مال غيره .

(٢) **قوله** : نازلا من السماء أو نابعاً من الارض ، أقول : قال المصنف في الغيث على قوله نازلاً من السماء لا يقال ان صاحب الأرض لا يقدر عليه فان المستأجر حين استأجر كان عالماً بذلك الحال فكأنه راض به لأنا نقول المؤاجرة على هذا الوجه مضارره لان الأجرة انما تستحق في الاجارة الفاسدة بالانتفاع وفي الصحيحة بالتمكن من الانتفاع فاذا لم يكن شيء من ذلك فايجاب الاجرة ظلم وعدوان . وهو كلام حسن .

يوجب النقص ﴿ **للزرع** ﴾ فيخير بين الفسخ مع قلع الزرع وتسليم أجرة قدر ما استهلك من المنفعة او الرضى بالعيب إلا أن قلع الزرع إتلاف له فيأتي فيه ما في طرح المتاع في متلفه كما تقدم ﴿ **لا** ﴾ أن النقصان ﴿ **المبطل** [١] **له** ﴾ أي للزرع بالكلية ﴿ **أو لبعضه** ﴾ يوجب أجرة ما مضى لأن ذلك من بطلان منفعة العين المستأجرة والمنفعة عوض الأجرة فاذا بطل أحد العوضين بطل الآخر ﴿ **فتسقط** ﴾ الأجرة « ح » كلها إن بطل الزرع ﴿ **أو** ﴾ يسقط من الأجرة ﴿ **بحصتها** ﴾ أي بحصة ما بطل ان لم يبطل إلا بعضه لكن [٢] لا معنى لنقصان الزرع إلا بطلان بعضه فلا فرق بين المسألتين ثم المسألة بأطرافها فرع صحة المحاقلة ، وقد عرفت أنها فاسدة فالرجوع فيها إنما هو إلى أجرة المثل لا إلى الأجرة المسماة على أن بطلانها بنقصان الماء من الجوائح ، وقد تقدم حديث انه صلى الله عليه وآله وسلم أمر برفع الجوائح وقال (أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك) ﴿ **وإذا انقضت المدة** ﴾ المضروبة لاجارة الأرض ﴿ **ولما يحصد الزرع أو** ﴾ المضروبة لاجارة السفينة ولما ﴿ **ينقطع البحر** ﴾ وكأن تأخر الحصاد وانقطاع البحر ﴿ **بلا تفريط** ﴾ من المستأجر ﴿ **بقي** ﴾ المستأجر له من زرع مزروع أو غيره أو حمولة في السفينة في محله ﴿ **بالأجرة** ﴾ للمثل هذا ذكره المرتضى واحتج له المصنف بحديث « لا ضرر [٣] ولا ضرار » ولا ينتهض لأن الضرر

---

(١) قال : (لا) المبطل له ، أقول : حذف الأثمار «لا المبطل له أو بعضه فتسقط كلها أو بحصته» لانه اذا بطل كله أو بعضه فقد بطل الانتفاع ، وقد فهم ذلك من السياق اذ قد تقدم انه اذا تعذر الانتفاع قبل القبض بطلت وبعده يصلحه المالك والا سقطت الاجرة قاله شارحه .

(٢) قوله : لكن لا معنى لنقصان الزرع ، أقول : بل يقال قوله نقص الزرع يغنى عن قوله أو بعضه اذ ابطال بعضه هو عين نقصانه فكان الأولى ان يقال ومنه نقصان ماء الزرع الناقص للزرع لا المبطل له فتبطل كلها او بحصته فيكون لفاً ونشراً مشوشاً كما لا يخفى وحديث الجوائح تقدم الكلام عليه .

(٣) قوله : «لا ضرر ولا ضرار» ، أقول : هو حديث أخرجه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس وأخرجه ايضاً ابن ماجه عن عبادة بن الصامت ولفظه عند الجميع «لا ضرر ولا ضرار» أي لا يضار الرجل فينقصه شيئاً من حق ولا ضرار أي لا يجازي على اضراره بادخال الضرر عليه ، والضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين ، هكذا فسره أيمة الحديث وبنوا ان المجازات على الاساءة جائزة غير منهى عنها «وجزاء سيئة سيئة مثلها» ، ويحمل النهي على التنزيه والضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاء عليه ، وقيل الضر ما تضربه صاحبك وتنتفع به أنت ، والضرار ما يضره من غير ان تنتفع به أنت وقيل هما بمعنى وتكريرهما للتأكيد وهذا البحث كما ذكره الشارح ، وقياس ما سلف ان يقال أما اذا خاف على =

حاصل على المالك بشغل ملكه فيرجح دفع ضرر غير المالك على دفع ضرره وإيجاب حق في ملكه بغير إذنه مما هو ظاهر المخالفة للقواعد لظهور كون ذلك غصبا مندفعاً بحديث « ليس لعرق ظالم حق » كما سيأتي في الغصب إن شاء الله تعالى ، واحترز بقوله بلا تفريط عما لو كان تأخر الحصاد وانقطاع البحر لتركه البذر والسفر أول المدة حتى لم يكف بقيتها ، أو استأجر مدة لا يحصد في مثلها الزرع ولا ينقطع البحر فإنه لا يبقى له في المؤجرة حق البقاء وإن تلف ماله لا نفسه كما تقدم .

قلت إذا كان تضييق مدة الإجارة تفريطاً كان ترك المستأجر للاحتياط بتوسيعها وقتاً يعلم فراغ المطلوب فيه تفريطاً أيضاً.

﴿ فصــل ﴾

﴿ **وإذا اكترى** ﴾ ولو قال كاري ﴿ **للحمل** ﴾ لكان[١] أولى لأن الاكتراء إنما يتعدى إلى البهيمة فيتوهم أنه لا بد من ذكرها وليس بشرط لأنه إذا كارى ﴿ **فعين المحمول** ﴾ سواء عين الحامل أولاً صحَّ و ﴿**ضمن**﴾[٢] المكري ذلك المحمول عكس ما لو عين الحامل وحده كما سيأتي .

قال المصنف وجه الضمان ان العرف في تعيين المحمول يقضي بأن القصد مجرد الحمل فيلغو تعيين الحامل فيصير المكري أجيراً مشتركاً وسيأتي وجه ضمانة[٣] إلا أنه ينبغي أن يقيد

= نفسه في مسألة السفينة فله البقاء فيها كما سلف في مسألة الغصب كما سيأتي ، أما على ما له فلا اذ لا يحفظ مال نفسه بحبس مال غيره ، هكذا قالوه ففرقوا بين النفس والمال ، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم «ان الله حرم دماءكم وأموالكم» الحديث يقضي بأنه لا فرق بين حفظ المال أو حفظ النفس .

فصل واذا اكترى للحمل :

(١) **قوله** : لكان أولى أقول : عبارة الاثمار «ومن أجر» وقوله انما يتعدى الى البهيمة يعني عند قرينة ان المراد الحيوان والا فأنه يتعدى الى الدار ونحوها الا ان المصنف قال في الغيث اذا اكترى البعير أو الدابة للحمل فعداه الى الحامل ولا شك ان الاولى ما ذكره الشارح لزوال الوهم ، وقد صرح الشارح بأن تعيين المحمول تثبت له هذه الاحكام سواء عين الحامل أم لا فلك ان تحمل ذكره الدابة على التمثيل لا التقييد والاشتراط .

(٢) **قوله** : وضمن المكري ذلك المحمول ، أقول: هذه أولى من عبارة الغيث فانه قال أي ضمنه الحامل له.

(٣) **قوله** : الا انه ينبغي ان يقيد ، أقول : قد قيده في الفتح بذلك فقال ضمن غير الغالب ان كانت اليد له أي للأجير اهـ.

ضمانه بما إذا كانت اليد على المحمول له ليكون ذلك قرينة على كون تعيين الحامل لغواً فيساوي المشترك الذي يضمن ﴿ **إلا من الغالب** ﴾[1] كما سيأتي وقد عرفت أن مناط كونه مشتركاً ليس تعيين المحمول فيه لأنه طرد في العلة لوجوده في بعض صور الخاص مع عدم ضمانه وانما مناط الضمان جعل المكري مفعولاً[2] لفعل الاجارة نحو استأجرتك على أن تحمل لي هذا الحمل على هذه البهيمة فلو جعلت البهيمة هي المفعول نحو أن يقول استأجرت منك هذه البهيمة على ان تحمل لي فوقها هذا الحمل كانت من إجارة الأعيان المتقدمة ولغا ذكر غيرها كما لغا غير المكري في المثال الأول وسيأتي مثله في ذكر المدة والعمل ﴿**و**﴾ لكونه يتعلق فعل الاجارة به صار مشتركاً ﴿ **لزم** ﴾[3] أن يثبت عليه أحكام المشترك التي منها ﴿ **إبدال حامله** ﴾ أي الحامل المعين للحمل ﴿ **إن تلف** ﴾ لأن تعيينه لغي بتعليق فعل الاجارة بالمكري وأما قوله أنه يبدله ﴿ **بلا تفويت غرض** ﴾ على المستكري فمبني على[4] ان تعيين الحامل ليس يلغو وأن الغرض عين عند الاجارة وإلا فلا يجب إلا مطلق الحمل على أي وجه إذ المطلق لا يدل على خصوص المقيد حتى يلزم العوض الذي يريده المستكري بمجرد إطلاق الحمل ـ بكونه صار مشتركاً ـ ﴿**و**﴾ منها أنه يلزمه ﴿ **السير معه** ﴾ أي مع الحمل ولا يستنيب لأن فعل الاجارة متعلق به إلا أن يجري عرف باستنابته كمن اشتهر بالمقاطعة على الحمائل والاستنابة فيها ﴿**و**﴾

---

(١) **قال** : الا من الغالب ، أقول : حذفه الاثمار ، قال شارحه اكتفى بما سيأتي ذكره .

(٢) **قوله** : مفعولا لفعل الاجارة ، أقول : أي مفعولاً به وكان عليه تقييده لانه عند الاطلاق ينطلق الى المفعول المطلق ثم انه لا يخفى انه في صورة الخاص مفعول به ويأتي تمثيل الشارح بقوله استأجرتك هذا اليوم في صورتيه جميعاً .

(٣) **قوله** : ولزم ابدال حامله ، أقول : عبارة الاثمار وله ابدال حامله ، قال شارحه ولو لغير عذر وهذا مزيد من المؤلف قلت فكانت الاحكام ستة كما عدها شارح الاثمار وداخلها صاحب الفتح فجعلها خمسة .

(٤) **قوله** : على ان تعيين الحامل ليس بلغو ، أقول : في شرح الاثمار ان هذا حيث يعين الحامل مع المحمول ، فأما لو تعينت الاحمال فقط فله الابدال ذكره في تعليق التذكرة وهو يروى عن الفقيه «ف» . قال شارح الاثمار ولا يخلو من نظر ، قلت كأنه يريد ما ذكره الشارح من انه مبني على أنه لا يلغو ذكر الحامل وقد قيد بالتعيين الفتح ولم يبال بالنظر .

أما أن المكتري[1] ﴿ **لا يحمل** ﴾ المكري ﴿ **غيره** ﴾ أي غير الحمل فواضح لأن عقد الاجارة إنما كان على جمل مخصوص ﴿ **وإذا امتنع المكتري** ﴾ من تحميل ما اكترى له بعد عقد الاجارة ﴿ **ولا حاكم** ﴾ يجبره بناء على أن عقدها واجب من كلا الطرفين ﴿ **فلا أجرة** ﴾ للمكري لأنه إنما يستحقها بتسليم العمل ولا عمل ، والمكتري لم يغصب عليه بامتناعه عيناً ولا منفعة ﴿ **والعكس** ﴾ لهذه الأحكام ﴿ **إن عين الحامل وحده** ﴾ نحو استأجرت منك هذه البهيمة لحمل كذا من موضع كذا إلى موضع كذا ﴿ **إلا لشرط أو عرف في** ﴾ اعتياده ﴿ **السوق** ﴾ لبهائمه فانه يجب عليه السوق تقييداً للمطلق بالعادة ﴿ **فيتبعه ضمان الحمل** ﴾ إذا كانت اليد له عليه لأنه صار كالمشترك ﴿**و**﴾ معين الحامل إذا خالف ما عين من حمل أو طريق أو صفة فانه ﴿ **لا يضمن بالمخالفة** ﴾ إذا كانت ﴿ **إلى مثل الحمل أو المسافة قدراً** ﴾ في الوزن ﴿ **وصفة** ﴾ من خشونة وملاسة ونحوهما ، وكذا لو كان قدر المسافة مستوياً ولكن اختلف بالتوعر والسهولة لأنه يختلف تضرر الحامل باختلاف مثل ذلك ﴿ **فان زاد** ﴾ في الحمل والمسافة ﴿ **ما يؤثر** ﴾ مثله في البهيمة ﴿ **ضمن الكل** ﴾ من قيمة البهيمة لو تلفت بمثل ذلك قدر[2] ما نقص به من قيمتها ، وقال أبو حنيفة انما يضمن من قيمتها

---

(١) **قوله** : واما ان المكتري أقول : لفظ الفتح ومنها انه ليس لايهما المكري والمكتري تحميل غير ما قد عين ، قال في شرحه وثنى الضمير حتى يعود اليهما اذ لا وجه لقصره على أيهما كما في رفو شرح الازهار وكان يمكن حمل كلام الازهار على العموم بأن يبنى لما لم يسم فاعله فيرتفع التخصيص كما قصده الاثمار . قلت وهذا بناء على عدم ثبوت كيفية اللفظوفات ابن بهران النكتة التي غير الاثمار لها الفعل حيث قال فلا يحمل على غير الحمل الذي عينه ا . هـ. فأتى بمثل عبارة رفو شرح الأزهار في الاقتصار ولم يتنبه لنكتة عدول الاثمار وأما الشارح فعبارته كعبارة الرفو فيرد عليه ما أورده صاحب الفتح ، وأعلم انه لم يقم دليل على قولهم انه اذا عين المحمول فقط فلا يحمل المكري غيره وأنه اذا اكترى زيد من عمرو على حمل قدح حنطة مثلاً الى قريته فلا يحمل المكري على جمله أو بهيمته غيره فانه لم يظهر لي وجه تحجره بالكرى على القدح الحنطة لمنافع الجمل حتى لا يحمل عليه الا ذلك القدح ولان المقصود للمكتري ابلاغ حنطته الى قريته على أي وجه وعلى أي دابة ، فما الذي حجر على مالك الدابة منفعة ظهرها الفاضل عن قدر حمل القدح بل ظاهر عباراتهم انه اذا عين المحمول ولو كان رطل عطب فانه لا يحمل المكري على جمله غيره فلينظر ، وأما قول الشارح في تعليله ان العقد انما كان على حمل مخصوص فيقال نعم لا على حامل مخصوص . فيخص تحمله لما عينه فأين علة المنع عن حمله لغير ما عينه المحمول فتأمل .

(٢) **قوله** : قدر ما نقص به من قيمتها ، أقول : هكذا في النسخة التي عليها خط الشارح فأظنه سقط =

لو تلفت قسط الزيادة من الحمل ، قلنا ـ لنا ـ أن الفرض[١] أنها إنما تلفت بالزيادة فهي مستقلة بسببية الاتلاف وأجيب بأن العلة مركبة من الزيادة والمزيد عليه إذ لو انفردت الزيادة عن الحمل لم تتلف البهيمة وأجيب بأن علية الوصف قد تكون بشرط والتخلف عند عدم الشرط ليس بقادح في العلية و﴿و﴾ يضمن أيضاً مع ضمان البهيمة ﴿ **أجرة** ﴾ مثل تلك ﴿ **الزيادة**[٢] **فان** ﴾ كان الذي ﴿ **حملها** ﴾ البهيمة هو ﴿ **المالك** ﴾ بنفسه بأن رفعها الى ظهرها بيده ﴿ **فلا ضمان** ﴾ على المستأجر لأنه ليس بمباشر ولا سبب ﴿و﴾ لكن[٣] ﴿ **لو** ﴾ رفع المالك

= لفظ «لا» أي لا قدر ما نقص به لانه المراد ، وأعلم ان في تقدير المؤثر اقوالاً فقيل هو ماله وحده كرى وقيل ما لا يحمل مع الحمل المسمى الا بزيادة في الأجرة وقيل ما يحسر البهيمة مع الحمل الذي يوقرها وقيل لا بد ان تكون الزيادة مؤثرة بالاجماع .

(١) **قوله** : لنا ان الفرض الخ ، أقول : استدل له في الغيث بقوله حجتنا انا نعلق الضمان بالمعتدى كما نعلق الضمان بالحافر في الطريق اذا تردى فيها مترد من غير ان يرديه أحد مع أن الهلاك حصل بالتردي والحفر جميعاً ومثله في شرح الاثمار .

(٢) **قال** : وأجرة الزيادة ، أقول : لم يتكلم الشارح على قدرها وفي شرح الفتح ان في الغيث وتعليقه ابن مفتاح ان في المسألة لاصحاب الشافعي ثلاثة أقوال الاول أجرة المثل ، والثاني المسمى والزايد للزيادة كما لو تميزت وهو الذي يفهم من الازهار في التعليقة ولعل الفرق بين هذين القولين ان على الأول أجرة المثل قلت أو كثرت وعلى الثاني الاكثر (القول ، الثالث) ان المالك مخير بين أخذ اجرة المثل أو المسمى مع الزيادة قال في الغيث والاقرب للمذهب القول الأول وهو أجرة المثل مطلقاً قال المؤلف في حاشية الغيث على ذلك لكن هذا انما يستقيم حيث تكون الزيادة غير مميزة كما اذا حمل مائة رطل حديداً ، وقد أستأجره على مائة رطل تمراً ، وقال عليه السلام ان كانت من اول الامر كطريق اصعب أو حمل مخالف أو حث السير زايداً على المعتاد او نحو ذلك قالوا فبأجرة الممثل من أول الأمر مطلقاً وان كانت متميزة كأن يحمل أكثر أو يسير أكثر فأنها تلزم المسماة للمسمى وللزيادة أجرة المثل وهذا هو الذي تحمل عليه تلك الاطلاقات من دون تناقض قلت والذي رايته في النجم الوهاج شرح المنهاج للدميري ما لفظه ولو اكترى لجمل مائة فحمل مائة وعشرة لزمه أجرة المثل للزيادة أي مع المسمى لتعديه بذلك والثاني يلزم أجرة المثل والثالث يخير بين المسمى وما حصل على الدابة من نقص وبين أجرة المثل والرابع يخير بين المسمى وبين أجرة المثل للزيادة وبين أجرة المثل للجمع فاذا عرفت انْضراب هذه الاقوال وتعارضها عرفت صحة ما ذكره المؤلف لموافقته بالقواعد وهذا زبدة ما حققه في الوابل فافهم .

(٣) **قوله** : ولكن لو رفع المالك الحمل جاهلاً الخ ، أقول : هذا خلاف ما فسر به المصنف كلامه فانه قال ولو كان المالك جاهلاً للزيادة يعني فانه لا ضمان ولكن المستأجر يكون عاصياً لكونه =

الحمل ﴿ **جاهلاً** ﴾ أن فيه زيادة على المعقود عليه كان مغروراً من جهة المستأجر فيرجع عليه إن قصد التغرير ﴿ **فإن شورك** ﴾ المالك في رفع الحمل إلى ظهر الدابة ﴿ **حاص** ﴾ المشارك أي ضمن كل منهما قدر حصته فعله ﴿ **وكذا** ﴾ حكم الزيادة ﴿ **في المدة والمسافة و** ﴾ المستأجر ﴿ **لا** ﴾ يضمن ﴿ **بالاهمال** ﴾ للدابة الموجب لتلفها إذا كان إنما أهملها ﴿ **لخشيته تلفهما** ﴾ معاً أما لو لم يكن إلا لخشية تلف نفسه ضمن إذ ليس له أن يحفظ نفسه باتلاف مال غيره ، وهذا للمؤيد بالله فقياس قوله في سد رمق محترم الدم أنه يصح الرجوع عليه ﴿ **ومن اكترى** ﴾ بهيمة ﴿ **من موضع** ﴾ كالمدينة ﴿ **ليحمل من آخر** ﴾ كمكة ﴿ **إليه** ﴾ أي إلى المدينة راجعاً ﴿ **فامتنع** ﴾ من التحميل ﴿ **أو فسخ** ﴾ في مكة ﴿ **قبل الأوب** ﴾ إلى المدينة ﴿ **لزمت** ﴾ الأجرة ﴿ **للذهاب** ﴾ من المدينة الى مكة لأنه بعقد الأجارة على البهيمة شغل ظهرها هذا ﴿ **إن** ﴾ كانت الاجارة فاسدة أو صحيحة وذكرت المقدمات و ﴿**مكن**﴾ المؤجر المستأجر من البهيمة ﴿ **وخلى له** ﴾ ظهرها في الذهاب والأوب ﴿ **وإلا** ﴾ يمكنه ولا خلى له ظهرها بل شغل ظهرها ﴿ **فلا** ﴾ أجرة للذهاب لأن الذهاب مقدمة من مقدمات المقصود ، وقد فات والمقدمات إذا لم تذكر في الاجارة الصحيحة لا شيء فيها عند فوات المقصود بغير اختيار الأجير فضلاً .عما إذا فوته باختياره .

= أوهم عدمها أو أن ذلك أمر يسير ، وانما لم يضمن المستأجر بانه لا حكم لفاعل السبب مع المباشر .
نعم هذه فائدة أدمجها الشارح في حل المتن مأخوذة من البحر لكنها فوتت ما أريد افادة تلك الجملة له من انه لا أثر للجهل وههنا فوائد الاولى اذا ردت الدابة راكبها الى موضع الابتداء فلا أجرة عليه ان كان بجموحها ولم يمكنه النزول وخشى عليها لو نزل لا لسوء ركوبها او لتخليته اياها فتلزم الاجرة ذكره المرتضى وكذا في السفينة لو ردتها ريح ولو بعد بلوغ الغاية في الاصح ، والثانية قال المرتضى من اكترى الى مكان مشتمل على مواضع كألى خراسان فسدت للجهالة والتشاجر ، وقال الشافعي بل تصح وتعين أول قرية منه ، وقال ابو حنيفة بل موضع المكتري ، قيل فاما الى موضع قرية او مدينة فالى منزل المكتري اتفاقاً للعرف ، الثالثة لا يصح الاكتراء للركوب الا مع تبين جنس المركوب لاختلافه ، بخلاف الاكترا بالحمل اذ المقصود التأدية واذا اكترى ليركب على الدابة مسرجة لم يكن له ان يركبها عرياناً والعكس ، الرابعة من اكترى دابة للحرث اشترط مشاهدة الارض لاختلافها في الصلابة ويصح الاستئجار للحرث وان لم يعين ما يحرث به كالحمل وان لم يعين الحامل اذا صار العمل معلوماً .

بـــاب
إجارة الآدميين[1]

(١) باب اجارة الآدميين أي اجارة الادمي آدمياً آخر فهو مضاف الى فاعله او مفعوله .



﴿ فصـــل ﴾

ينقسم الأجير الى خاص بالمستأجر ومشترك بينه وبين غيره .

وفي قول للشافعي لا وجه للقسمة لأن إفراد المدة بالذكر وإن دل على الخصوصية وإفراد العمل وإن دل على اشتراك فجمعهما يؤدي الى أن يكون خاصاً مشتركاً وهو جمع للضدين ، أو الحكم بأحدهما معيناً وهو تحكم لحصول خاصة كل منهما قلنا ﴿ **إذا ذكرت** ﴾[١] في العقد ﴿ **المدة وحدها** ﴾ من دون العمل نحو[٢] استأجرتك هذا اليوم ﴿ **أو متقدمة على العمل**[٣] ﴾ نحو استأجرتك هذا اليوم على عمل كذا ﴿ **فالأجير خاص** ﴾ بالمستأجر لا

---

(١) **فصل** : اذا ذكرت المدة وحدها ، أقول : في الغيث فان قلت كيف تصح هذه الاجارة ولم يبين للأجير العمل ، قلنا ان كانت منافعه متساوية وليس له الا منفعة واحدة فلا اشكال في صحتها ويستخدمه في أيها شاء وأما اذا اختلفت صنعته ومضرتها كانت فاسدة وفي الاثمار والفتح ذكر المدة وحدها خاصة الخاص وذكر العمل وحده خاصة المشترك .

(٢) **قوله** : نحو استأجرتك هذا اليوم ، أقول : في النجم الوهاج قال الشيخ اذا قلت أجرتك سنة فسنة مفعول ثان أي منافع سنة ولا يصح ان يكون ظرفاً لاجرتك لان أجرتك انشاء والانشاء لا زمان له ، وانما المعنى جعلتها مؤجرة منك سنة أو أجرتك منفعتها أي الانتفاع بها سنة ، والعامل في سنة الانتفاع قلت وهو كلام صحيح ، وأجرتك واستأجرتك وان كان لفظهما خبراً فهما انشاء مثل بعت واشتريت .

(٣) **قال** : أو متقدمة على العمل أقول : عبارة الاثمار والفتح فان ذكرا معاً فبجنس العمل خاص مطلقاً والعمل صفة للمدة ولفظ الفتح فان ذكرا معاً فبخس العمل خاص ولو تأخرت المدة في الذكر كأجرتني نفسك على ان تخيط لي هذا اليوم ، فان تأخرها لا يضر ويكون ذكر العمل ح صفة لها أي للمدة فكأنه وصف ما يصنع في هذا اليوم وليست صفة حقيقية مقيدة لموصوفها اذ هي في الحقيقة صفة للمقصود الذي هو العمل ، وانما المدة توقيت لئلا يجهل العمل من كله وجه اذ لو تركت المدة لم يعلم للخياطة مثلاً انتهاء وان كان ظاهر التذكرة والازهار اعتبار التقدم ثم قال في الاثمار وبتعيينه أي الجنس مشترك مطلقاً والمدة صفة للعمل ، وفي شرح الاثمار ما لفظه «قال في الشرح وانما عدل المؤلف عن عبارة الازهار وغيره من كتب المذهب الى هذا التقسيم لمناسبة قواعد المذهب وموافقته ما ذكره المتقدمون اذ قد ذكر ابو مضر والقاضي زيد وعلى خليل والفقيه ح وأبو يوسف ومحمد ان المراد بالتعريف للعمل والمدة التعيين سواء حصل بالتعريف النحوي بالالف واللام كهذه المدة أو بغيره مما يتعين ابتداء وانتهاء من غير ايهام كقوله يوماً بتعيين العمل كهذا الثوب وهذه الجرية او نحو ذلك ، وتعيين المدة كهذا اليوم =

يشاركه في منافعه أحد في تلك المدة أما مع أفراد المدة فاتفاق ، وأما مع ذكر العمل معها فانه وإن خالف فيه المؤيد [١] ومن معه كما سيأتي فجعل الحكم للمتقدم ذكراً منهما يرفع التحكم لأن التقدم دليل الاهتمام وفيه نظر[٢] .

وللخاص أحكام منها أن ﴿ **له الأجرة بمضيها** ﴾ أي بمضي المدة وإن لم يعمل ﴿ **إلا أن يمتنع** ﴾ من العمل كان غاصباً لمنفعته على المستأجر ﴿ **أو يعمل للغير** ﴾ كان كما لو شغل ظهر الدابة كما تقدم ﴿**و**﴾ إذا حصل أجرة من الغير كانت ﴿ **الأجرة له** ﴾ وقيل بل للمستأجر الأول لأنها صارت مستحقة له قال المصنف والقياس يقتضيه ، وأجيب بأن الضمان إنما يتبع الملك لا الاستحقاق والمستأجر لا يملك إلا ما قبض من المنافع ﴿**و**﴾ منها أنه ﴿ **لا يضمن** ﴾ وفي قول[٣] للشافعي يضمن كالمشترك بجامع العمل لطلب الأجرة ، قلنا ثبوت يد المستأجر على كل منافعه يصيره كالعبد ، وأجيب بأن العبد إنما لم يضمن لأنه لا يثبت للسيد على عبده دين بخلاف الأجنبي فلا يد [٤] على حر مكلف اتفاقاً ﴿ **إلا** ﴾ إذا تلف في يده

= أو يوماً لان اليوم يكون من وقت عقد الاجارة وتنكير العمل كان يذكر جنسه فقط كعلى الحراثة او الخياطة أو الرعاية أو نحو ذلك ، ولا يعين ما يخيط ولا ما يحرث ولا ما يرعى وتنكير المدة كأن يقول أي يوم شئت أو يوم من الايام أو أي شهر شئت ، ولا فرق عندهم بين ان يقدم ذكر المدة ويؤخر العمل أو العكس فلو استأجر هذا اليوم يخيط فيه هذا الثوب فمشترك ويلغو ذكر المدة ويكون ذكرها صفة للعمل فاذا عرفت ذلك علمت ان كلام المؤلف في الاثمار هو المراد من كلام أهل المذهب شامل لجميع الاطراف خالص عن الانتشار والتردد والتناقض والاضطراب والاختلاف .

(١) **قوله** : وان خالف فيه المؤيد ، أقول : سيأتي اختلاف النقل عن المؤيد في هذا .

(٢) **قوله** : وفيه نظر ، أقول : يأتي بيانه في الفصل الثاني .

(٣) **قوله** : وفي قول للشافعي يضمن كالمشترك ، أقول : يأتي ان الفريقين لا يقولون بالتضمين في المشترك .

(٤) **قوله** : فلا يد على حر مكلف اتفاقاً ، أقول : يؤخذ من سكوته على هذا الرد ترجيحه لتضمين الخاص وهو قول الشافعي كما في الغيث ، واستدل له ولتضمين المشترك ايضاً بأن في مقابلة الاجرتين شيئاً مضموناً وهي الأجرة ، وأحد قوليه انه لا ضمان عليهما لانه قبض الأجير العين لمنفعته ومنفعة المالك فأشبه المضارب قلت لا يخفى على الناظر ان أدلة التضمين قياسيات شبهية يقف المتدين عن الجزم بالحكم بها ويأتي في تضمين المشترك ما تسمعه من عدم الدليل الناهض .

﴿ **لتفريط** ﴾ أو تعد ضمن لذلك ضمان الوديع أو اشتملت إجارته على ﴿ **تأجير** ﴾ له ﴿ **على الحفظ** ﴾ ضمن ضمان المشترك ﴿**و**﴾ منها أنه ﴿ **يفسخ معيبه ولا يبدل** ﴾ كما في إجارة الأعيان المقدمة ﴿ **ويصح** ﴾ استئجار الآدمي ﴿ **للخدمة** ﴾ من غير تعيين ماهيتها ولا كميتها ولا كيفيتها ﴿**و**﴾ عليه أن ﴿ **يعمل المعتاد** ﴾ قيل أي ما يعتاده الأجير نفسه ولا وجه له إذ التقييد إنما يكون بعادة الطالب للعمل كما في الأمر والنهي فان من قال لغيره اشتر لحماً وعادة الآمر لحم الضأن وعادة المأمور لحم البقر لا يتقيد المطلق إلا بعادة الآمر لأنه صار كالحقيقة العرفية ، وإنما ينصرف الى عرف من خاطب بها لا من خوطب بها لكن إذا كان معتاد المستأجر غير مقدور للأجير فسدت الأجارة ولا حاجة الى قوله ﴿ **والعرف** ﴾ لأن العرف هو المعتاد ﴿**لا**﴾ أنه يصح الاستئجار ﴿ **بالكسوة والنفقة للجهالة** ﴾ ولا وجه[1] للفرق بين الأجرة والعمل في تعيين المعتاد في أحدهما دون الآخر لأن الأجارة واردة على خلاف قياس البيع ﴿ **والظئر**[2] ﴾ المستأجرة لإرضاع ولد غيرها ﴿ **كالخاص** ﴾ لأنه لا بد في إجارتها من ذكر المدة التي هي خاصة الخاص فيغلب ذكرها على ذكر العمل وإذا كانت كالخاص ﴿ **ولا تشرك في العمل** ﴾ الذي يرجع الى كمال الحضانة ﴿**و**﴾ لا في ﴿ **اللبن** ﴾ تقييداً بالعادة ولا حاجة إلى قوله ﴿ **وإن تعيبت** ﴾ لمرض أو حبل أو خيانة ﴿ **فسخت** ﴾ لأن ذلك حكم الخاص وقد قاسها عليه ﴿**إلا**﴾ أنها تخالف في ﴿ **أنها تضمن** ﴾ ما ثبتت يدها عليه كطفل مملوك وأما الحر

(١) **قوله** : ولا وجه للفرق الخ ، أقول : في شرح الاثمار انه قال مالك والحسن بن صالح وابن شبرمة يصح ذلك لظاهر الآية ، قلت كأنه يريد بالآية آية الرضاع ، (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) قال عليه المنار لا تسلم الجهالة فيه لقوله تعالى (بالمعروف) فكيف يقال لما سماه الله تعالى معروفاً مجهولاً ونظيره نفقة الزوجة وكسوتها فانما أحيلت على المعروف ولا شك ان معرفة أحوال الناس كالفقر والغنى وأحوال البلدان وما يليق وما يعد خرقاً أو تغييراً تعين ما ينبغي ولذا يسمى معروفاً أي تعرفه العقول ولا تنكره وعلى ذلك أحيل عدة أحكام كالضيافة وحقوق ذوي الحقوق من أعلاها كالوالدين الى الجار الجنب والصاحب بالجنب ، وساير المسلمين .

(٢) **قال** : والظئر ، أقول : في شرح الاثمار والظئر مهموز هي التي ترضع ولد غيرها ومعنى الظأر العطف يقال ظأرت الناقة اذا عطفت على ولدها السقب وهو الصغير من أولاد الابل ، قال في الانتظار انه لا بد في اجارة الظئر من ذكر المكان هل في بيتها أو في بيت الصبي لان الاغراض تختلف في ذلك وقد تقدم في باب الحضانة ان لها نقله الى مقرها غالباً وان عليها الارضاع والقيام بما يصلحه من غسل ودهن لا الاعيان الا ما خصه الاجماع.

فلا تثبت يدها عليه خلافاً للمرتضى وانما تضمن ﴿ ما ضمنت ﴾ فقط وقيل تضمن مطلقاً كالمشترك إذ لها أن تعمل للغير ما لا ينقص الحضانة بخلاف الخاص .

﴿ فصـل ﴾

﴿ فان قدم ﴾ في العقد ذكر ﴿العمل﴾ قبل ذكر المدة نحو استأجرتك على خياطة هذا الثوب اليوم أو ذكر العمل بدون ذكر المدة ﴿فمشترك﴾ أي فالأجير لا يختص به ذلك المستأجر ﴿ وتفسد ﴾ الاجارة ﴿ إن نكر ﴾ العمل[١] مقدماً على المدة نحو على عمـل أو خياطة ثوب هذا اليوم بشرط أن تكون المدة معمولة لفعل الاجارة لا لو كانت معمولة لفعـل العمل وانما فسرت ﴿ مطلقاً ﴾ سواء كانت في إجارة الأربعة الأجراء الآتي ذكرهـم أو في غيرها لأن ذكر العمل خاصة المشترك ، وذكر المدة خاصة الخاص فيؤ دي[٢] إلى أن يتمسك كل من المستأجر والأجير عند الاختلاف بخاصة تباين أحكامها أحكام الأخرى فيحصل الفساد سواء نكـر العمل ﴿ أو عرف ﴾ مقدماً على المدة نحو استأجرتك على خياطة هذا الثوب اليوم ، وقال المؤ يد والأمام يحيى وأبو يوسف ومحمد لا تفسد[٣] لنا ما تقدم[٤] قالوا لازم لكم مع تقديم المدة قلنا تقديمها دليل الاهتمام بها قالوا العمل المتأخر[٥] قيد للمتقدم فاهـداره يستلـزم إهدار اشتراط الايمان في رقبة الكفارة قلنا وأهدرتم ذكر المدة فهو مشترك الالزام فما هو جوابكم فهو جوابنا .

فصل

(١) **قوله** : مقدماً على المدة ، أقول : ان قدم المستأجر المدة معرفة صح وكان خاصاً ولو نكر العمل كما في الغيث عن التذكرة .

(٢) **قوله** : يؤ دي الى ان يتمسك الخ ، أقول : قد علله في الغيث بقوله لان في ذلك جهالة تؤ دي الى الشجار في قدر العمل ولا أحفظ في ذلك خلافاً .

(٣) **قوله** : لا تفسد ، أقول : بل تصح ويلغو ذكر المدة واستدل له في البحر بقوله اذ المقصود العمل والمدة لم تكسبه جهالة ، قوله مع تقديم المدة يعني في الأجير الخاص حيث قال استأجرتك هذا اليوم على عمل كذا فانكم صرحتم بصحته مع انه ذكر فيه الخاصتان ورد الالزام بان تقديم المدة دليل الاهتمام بها فالحكم للمتقدم وهو هنا العمل والخاص المدة .

(٤) **قوله** : لنا ما تقدم ، أقول : من انه يؤ دي الى ان يتمسك كل من المستأجر والاجير .

(٥) **قوله** : العمل المتأخر قيد للمتقدم ، أقول : يريد انه من باب الاطلاق والتقييد يعني في الخاص فان

قلت ومن هنا يعلم صحة[١] ما ذهب اليه الشافعي في عدم صحة قسمة الأجير إلى خاص مشترك وإلا لما كان للاستثناء في قوله ﴿ **إلا في الأربعة** ﴾ المنادى والحاضنة ووكيل الخصومة والراعي وجه صحة إلا التحكم[٢] بتصحيح الاجارة فيهم مع ذكر العمل والمدة

= قوله هذه المدة مطلق قيد بقوله على عمل كذا كما قيدت الرقبة في قوله تحرير رقبة بمومنه ، وحاصله ان الكلام انما يتم حتى تتم قيوده وذيوله قولنا وأهدرتم ذكر المدة أي في صورة المشترك حيث قال استأجرتك على خياطة هذا الثوب اليوم قلتم يلغو ذكر المدة في صورة استأجرتك على خياطة هذا الثوب اليوم فألغيتم المدة مع أنها قيد للعمل ، وخلاصته ان هنا صورتين استأجرتك هذا اليوم على عمل كذا ، هذا خاص عند الكل ، والاجارة صحيحة ، الثانية استأجرتك على خياطة هذا الثوب اليوم فهذا قال غير المؤيد، انها فاسدة، وقال المؤيد يصح ويلغو ذكر المدة فألزم انه قد ذكر في كل من الصورتين الخاصتين خاصة المشترك ، والخاص ، ودفع بأن في صورة التقديم للمدة كان الحكم لها لما يقتضيه الاهتمام ، واما قوله قالوا العمل المتأخر فهذا أبداً فارق من طرق المؤ يد ومن معه بين الخاص والمشترك في انه صح في الأول بجميع قيوده ولغى في الثاني قيد الزمان وهو ان العمل المتأخر في صورة الخاص قيد للمتقدم وهو المدة فلو أهدرناه وحكمنا بانه لاغ كما قلنا بذلك في صورة المشترك لزمنا اهدار اشتراط الايمان في آية الكفارة ولا يقوله ، فمن ثمت حكمنا بصحة الصورة الاولى اعني صورة الخاصة وأورد عليهم الشارح انكم اهدرتم ذكر المدة في الصورة الثانية أعني صورة المشترك حيث قلتم تصح فتلغو المدة وهي أيضاً قيد كما في الاولى ، قلت الا انه لا يخفى انه لا يتم الا بناء على ان المؤيد ومن معه يقولون بصحة الخاص وهو الذي في الغيث عن التذكرة والحفيظ ، فحينئذ يتم قوله فهو مشترك الالزام ، وأما على ما ذكره على خليل من انه لا فرق بين التقدم والتأخر وان الخلاف واحد فعلى هذا يلغو عندهم على عمل كذا في صورة الخاص كما يلغو عندهم اليوم في صورة المشترك وهذا الالزام هو النظر الذي نبه عليه الشارح فيما سلف وأما المصنف فرد عليهم في البحر بقوله قلت المدة خاصة الخاص ويصح افرادها كالعمل فلم تكن بالالغاء أحق لكن الاولى اعتماد المتقدم فيهما اذ تقدمه قرينة اعتماده والغاء المتأخر فمتى ذكر المدة وحدها أو متقدمة على العمل فالاجير خاص وان ذكر وحده أو مقدماً على المدة فالاجير مشترك . وهو مضمون ما في الازهار .

(١) **قوله** : صحة ما ذهب اليه الشافعي ، أقول : ينظر هل يجعل القيدين معتبرين في الصورتين فهما من الخاص أولا يعتبرا فهما من المشترك أولا يسميان عنده خاصاً ولا مشتركاً فيكون الخلاف لفظياً والاقرب انه يراد الاول ، ثم رأيت في الارشاد وشرحه الامداد ما لفظه ويعين العاقد قدر المنفعة بزمن تبقى فيه العين المستأجرة أو بمحل العمل كخياط هذا الثوب وانما جاز التقييد بأحدهما لا بهما معاً كأن يكتريه لخياطة ثوب بياض النهار أو لركوبه دابة الى موضع كذا اليوم للغرر .

(٢) **قوله** : الا التحكم ، أقول : في الغيث وجه ذلك بقوله لان هذه الاربعة مفتقرة الى المدة بخلاف =

تقدم[1] أحدهما أو تأخر دون سائر الأجراء ﴿و﴾ الاجارة ﴿ **تصح إن أفرد** ﴾ العمل بالذكر بلا خلاف إلا أنه يشترط أن يكون العمل ﴿ **معرفاً** ﴾ أي معيناً اذ المنكر مستلزم للجهالة التي هي مناط الفساد ﴿**الا**﴾ ان العمل اذا افرد ﴿**فيها**﴾ أي في الأربعة لم تصح الاجارة لأن من شرطها تعيين المدة ﴿ **فيذكران معاً** ﴾ لأن جهل المدة فيها يستلزم جهل العمل ﴿**و**﴾ الأجير المشترك ﴿ **هو فيهما** ﴾ أي في الصحيحة والفاسدة ﴿ **يضمن ما قبضه** ﴾ بحيث لا يبقى للمستأجر يد عليه ، وقال الفريقان وزفر والمروزي والمريسي لا يضمن لنا ، ان **عليا عليه السلام** ضمن الغَسَّال والصباغ ، اخرجه البيهقي من طريق الشافعي ، قالوا وقال هذا حديث لا يثبت أهل الحديث مثله ، قلنا يشير بذلك إلى انقطاع فيه وقد أخرجه[2] البيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه **عن علي عليه السلام وكرم الله وجهه** أنه كان يضمن الصباغ والصائغ ، وقال لا يصلح الناس إلا ذلك ، وأخرج أيضاً عن خلاس أن علياً كان يضمن الأجير إلا أن البيهقي قال فيه رواية ضعيفة والجميع معتضد بما أخرج عبد الرزاق عن عمر أنه ضمن الصباغ وإن كان فيه انقطاع وروى ذلك عن عثمان أيضاً من وجه أضعف من هذا والكل يدل على أن لذلك أصلاً عند الخلفاء ، قالوا[3] اجتهاد بدليل لا يصلح الناس إلا

= غيرها ، ثم قال وانما لم تفسد حيث قدم العمل على المدة وغيرها وقد جمع الخاصتين لان العمل لا ينحصر في هذه الاربعة الا بذكر المدة ولا يقاس عليها ما أشبهها من الأعمال التي لا تنحصر الا بذكر مدتها بخلاف الخياطة والحرث ونحوهما مما ينحصر وان لم يذكر المدة . قلت وفيه خفاء وهل هذه الأربعة من المشترك أو الخاص ، قال في الاثمار ان نحو الأربعة من المشترك الا الظئر فان لها من حكم الخاص ان لا تشرك في العمل واللبن وأنها اذا تعيبت فسخت .

(١) **قوله** : تقدم أحدهما أو تأخر ، أقول : فهو كما لو أسلم في قفيز بر وشرط وزنه كذا لانه قد يزيد قد يزيد أو ينقص فيتعذر التسليم وبه تعرف ان ذكر الخاصتين عندهم مبطل من غير نظر الى تقدم عمل أو تأخر أو مدة .

(٢) **قوله** : وقد أخرجه البيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام ، أقول : توهم عبارته انه زال الانقطاع بهذه الرواية وليس كذلك فان قوله عن أبيه أي على بن الحسين المعروف بزين العابدين وهو لم يدرك جده أمير المؤمنين علياً عليه السلام فالرواية منقطعة على كل حال .

(٣) **قوله** : قالوا اجتهاد ، أقول : هذا صحيح عند من لا يرى اجتهاده عليه السلام حجة ، لكن الشارح يراه حجة وفي البحر ان خبر على توقيف قال عليه المنار قوله لا يصلح الناس الا ذلك ظاهر في أنه صادر عن استحسان عقلي مجرد فوافق الشارح .

ذلك ، قلنا اجتهاد صحيح لأنَّ [1] عدم التضمين مظنة إضاعة الأموال وقد علم حرص الشارع على حفظ الدماء والأموال ، وعلم اعتباره لمظان المصالح والمفاسد بالاستقراء قالوا قبضه برضى مالكه فهو كالوديع ، قلنا فارقه بطلب منفعة له فيه ، قالوا فيكون كالمستعير ، قلنا هو بالمرتهن أشبه بجامع استحقاق الامساك ، قالوا ممنوع حكم الأصل **قلت** : أما المنع فلا يتجه لأبي حنيفة لأن ضمان الرهن ثابت عنده ، وضمان المقبوض ثابت ﴿**ولو**﴾ قبضه ﴿ **جاهلاً** ﴾ نحو أن يدخل المستأجر الشاة بين الغنم التي يجمعها الراعي ليرعاها بأجرة معتادة ولا يعلم الراعي ذلك فيسوقها بسوق المجموع فانه يضمنها اذا تلفت لكن هذا إنما يتمشى على ما تقدم في البيع من أنه يغني عن العقد في المحقرات ما اعتاده الناس على ان فيه اشكالا لأن ذلك انما يغني مع علم المتعاقدين بالمعاوضة اما مع جهل احدهما كما نحن فيه فلا وجه له ﴿ **الا** ﴾ ان المشترك وإن ضمن غير الغالب فلا يضمن ﴿ **من الغالب** ﴾ وعد منه النسيان والنوم ونحوهما وقيل لا لأن التلف معهما لا يكون الا بتفريط في الاحتراز قبلهما فيضمن ، وانما الغالب ما لا يمكن دفعه مع المعاينة كالموت والسلطان الجاير واللصوص المتغلبة ونحو ذلك ﴿ **أو** ﴾ غير غالب لكنه ﴿ **بسبب من المالك كإناء مكسور** ﴾ فيه سمن ﴿ **أو** ﴾ جراب ﴿ **شحن** ﴾ بما وضع فيه شحناً ﴿ **فاحشاً** ﴾ ثم استأجر المالك من يحملها فتطاير الإناء وانفرى الجراب بالحمل والوضع المعتادين فانه لا ضمان على الأجير ﴿ **و** ﴾ الأجير المشترك ﴿ **له الأجرة بالعمل** ﴾ كاملة ان كمل ويسقط ما عمل إن نقص خلافاً للشافعي رضي الله عنه لأنه كتفريق الصفقة ، وقال الامام يحيى إن انفرد الجزء عن الكل استحق القسط وإن لم ينفرد كخياطة بعض القميص لم يستحق القسط وقواه المصنف لأن المقصود لم يحصل ولا بعضه ﴿ **و** ﴾ له ﴿ **حبس العين** ﴾ التي عمل فيها ﴿ **لها** ﴾ اي للأجرة قياساً على حس المبيع لتوفير الثمن ﴿ **والضمان** ﴾ مدة الحبس باق ﴿ **بحاله** ﴾ يريد انه لا يضمن ضمان الرهن بل ضمان الأجير المشترك استصحاباً ليد الاجارة لعدم عقد للرهن متجدد ﴿ **و** ﴾ اجرة الصباغ والحامل ﴿ **لا تسقط** [2] **إن ضمنه** ﴾ المالك المعمول فيه حال كونه ﴿ **مصنوعاً او**

---

(١) **قوله** : لان عدم التضمين مظنة اضاعة الاموال ، أقول : أما هذا فيلزم منه تضمين الخاص لجري العلة فيه .

(٢) **قوله** : قال ولا تسقط الخ ، أقول : رفاه المصنف بقوله واذا تلف المصبوغ في يد الصابغ والمحمول في يد الحامل قبل التسليم الى صاحبه فيضمن قيمته فان أجرته لا تسقط بضمان القيمة ان ضمنه المالك اياه محمولاً أو مصبوغاً ، أما اذا ضمنه قيمته غير محمول فلا أجرة عليه لانه لم يستوف شيئاً من منافع ما =

محمولاً ﴾ أما إذا ضمنه إياه غير مصنوع ولا محمول سقطت ، ﴿ **وعليه أرش يسير** ﴾ قالوا وهو النصف فما دون إذا ﴿ **نقص بصنعته وفي الكثير يخير المالك بينه وبين القيمة** ﴾ للمعمول فيه يوم قبضه ، وقال المؤيد والفريقان لا خيار للمالك وإنما له الارش ما يقي للعين قيمة . لنا أنه مضمون عليه وتلف الأكثر كتلف الكل ، وأجيب بالمنع لأن المضمون إنما هو التالف لا الباقي .

قلت : ـ القياس رد الحكم في ذلك الى حكم قوله ﴿ **ولا أرش للسراية عن** ﴾ فعل ﴿ **المعتاد** ﴾ من العمل إذا صدر المعتاد ﴿ **من بصير** ﴾[1] بكيفية الصناعة معروف بذلك لامتعاط فقد افهمت القيود ضمان المباشرة مطلقاً وضمان السراية عن غير معتاد مطلقاً وضمان غير البصير مطلقاً ، ﴿ **والذاهب**[2] **في الحمام** ﴾ من أمتعة من دخله يعمل في ضمانه وعدم الضمان ﴿ **بحسب العرف** ﴾ إن جرى عرف بانه كالراعي ضمن وإن جرى عرف بأنه لا بد لكل داخل من إيداعه متاعه فهو وديع .

= عقد عليه الاجارة ولا فرق بين المصبوغ والمحمول وفرق في الشرح والتفريعات فقال : في المصبوغ لا تلزم الأجرة وفي المحمول تلزم لانه قد استوفى ما عقد عليه الاجارة الى موضع التلف ، وقال اذا استؤجر على صباغ ثوب وسرق قبل تسليمه فلا تلزم الأجرة لأنه لم يسلم ما استؤجر علَيه من الصبغ بخلاف الحمل فمنافعه تستحق حالاً بعد حال ، هذا حاصل كلامه لا لفظه .

(١) **قال** : من بصير ، أقول : في شرح الفتح انه الذي يعرف العلة وكيفية علاجها وليس للطبيب الاقدام الا بعد معرفة ما يقول مشايخهم ، ووثقوا من أنفسهم بجودة الصنعة واحكام المصلحة لا الأخذ من الكتب كما في سائر العلوم ، قلت وفي البحر انه يضمن بتعاطي الطب لحديث «من طب بغير علم فأعنت» في النهاية أعنت ، أي أضر بالمريض وأفسد فهو ضامن واخرج الحاكم وأبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً «من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن» وأخرج ابن عدى وابن السنى وأبو نعيم في الطب والبيهقي بلفظ «من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن» أفاد تخريجه في المنار .

(٢) **قوله** : والذاهب في الحمام بحسب العرف ، أقول : اختلف في اجارة الحمام هل هي صحيحة أو فاسدة ، قال ابو طالب القياس يمنع من كونها اجارة صحيحة يعني لعدم الايجاب والقبول والجهالة للوقت والمكان ، ولأن فيه اتلاف اعيان ، وفي الشرح أنها صحيحة للاجماع على دخوله على وجه لا يحصل فيه شرط الاجارة ولا بيان قدر الاجرة وقدر اللبث وقدر الماء فصح ذلك لأجل عمل المسلمين أفاده في الغيث .

﴿ فصل ﴾

﴿ **وللأجير الاستنابة** ﴾ **خلافاً للناصر** وأبي طالب والامام يحيى واحتج المصنف بأن القصد تحصيل العمل ولا عبرة بالشخص ﴿ **فيما لا يختلف** ﴾ العمل ﴿ **بالأشخاص** ﴾[1] ورد بأن المانع تسليم العين المعمول فيها إلى غير من أذن به المالك ، ولا شك في ان ذلك تعدياً ، فإن لم يحصل تعدّ كما في عمل لا يكون في عين كالحج - فالحق[2] صحة الاستنابة لأن الشخص لا يتعين إلا بتعيين ، ولهذا صح إبدال الحامل إذا عين المحمول لكن يجب أن يحصل في النائب شرط[3] المستنيب كالعدالة فيما تشترط فيه ونحوها - فهو مما يختلف باختلاف الأشخاص فالكل ممتنع ﴿ **إلا لشرط** ﴾[4] على الأجير أن يتولى العمل بنفسه كان ذلك منعاً له عن الاستنابة ﴿ **أو عرف** ﴾ جرى بعدم الاستنابة ﴿**و**﴾ المستنيب والمستناب

فصل : وللاجير والاستنابة

(١) **قال** : بالاشخاص ، أقول : عبارة الاثمار فيما لا يختلف بها ، قال شارحه عدل عن قول الازهار بالاشخاص الى قوله بها لتكون عبارة الاثمار اعم اذ تتناول ما كان عمل الثاني دون عمل الاول اذ غفل عنه المستأجر ومثله اذا حضر معه فمثل هذا يختلف بالاستنابة لا بالاشخاص وعبارة الازهار لا تفيد ذلك .

(٢) **قوله** : فالحق صحة الاستنابة لأن الشخص لا يتعين الا بتعيين ، أقول : عقد الوصي مثلاً للأجير على ان يحج عن فلان تعيين للشخص من الوصي فليس للأجير الاستنابة اذ قد تعين ولا صورة غير هذه للاجير في الحج نعم اذا أذن له العاقد ان يستنيب غيره جاز لكنه خروج عن تعيين الشخص وخروج عن محل النزاع اذ الكلام في انه يجوز للأجير الاستنابة ان لم يؤ ذن له .

(٣) **قوله** : شرط المستنيب ، أقول : هذا شمله قول المصنف فيما لا يختلف بالاشخاص .

(٤) **قال** : الا لشرط على الاجير ، أقول : عدل عنه الاثمار الى قوله غالباً قال شارحه احتراز من ان يشرط المستأجر على الأجير انه لا يستنيب أو يجري العرف بها فانه لا يجوز له وهذا الاستثناء من الطرد ويحترز أيضاً من ان يختلف العمل بالاستنابة ويشترطها الاجير أو يجري العرف بها فانه يجوز له وهذا الاستثناء من العكس ، وعدل عن الاستثناء بلفظة «الا» كما في الازهار الى قوله غالباً ليدخل تحتها المستثنى من العكس كما تقدم مع اختصار بخلاف الاستثناء بالا .

﴿ **يضمنان معاً** ﴾ ضمان المشترك وعند[1] الناصر ومن معه ضمان الغصب ﴿و﴾ الأجير[2] اذا كان عبداً أو صبياً فان ﴿ **له الفسخ اذا عتق أو بلغ** ﴾ خلافاً للفريقين وقد تقدم مثله في النكاح إذ الاجارة والنكاح سواء في كونهما طلب منفعة فلا نكرر الكلام فيه ، والصبي له الفسخ ﴿**ولو**﴾ كان فسخه ﴿ **لعقد الاب** ﴾ بخلاف النكاح فليس[3] له فسخ عقد الاب كما تقدم لكن لا يفسخ الصبي هنا عقد ابيه إلا إذا عقد أبوه الاجارة ﴿ **في رقبته لا** ﴾ لو عقدها في ﴿**ملكه**﴾ لأن العقد صحيح من أهله في محله ولهذا لم يفرق الفريقان بين العقد في رقبته وبين العقد في ملكه ، ﴿ **وإذا شرط** ﴾ كل واحد من الشريكين ﴿ **على الشريك** ﴾ له ﴿ **الحفظ** ﴾ لنصيبه أيام نوبته ﴿ **ضمن** ﴾ كل واحد منهما لنصيب صاحبه لأنه صار ﴿ **كالمشترك** ﴾ بخلاف ما إذا تناوبا لا بشرط الحفظ بل لاستيفاء كل منهما منفعة نصيبه فإن كلا منهما يشبه المستأجر للعين لا يضمنها إلا بتضمين كما تقدم وهو معنى اشتراط الحفظ .

﴿ فصل ﴾

﴿ **والأجرة في** ﴾ الاجارة ﴿ **الصحيحة تملك بالعقد** ﴾ **قال المصنف** أي تلزم فلا تفسخ إلا لعذر ولا تسقط عن ذمته انتهى لكن هذا إنما يتمشى على قيام البرهان على أن عقدها لازم من كلا الطرفين وأن مثل «أوفوا بالعقود» « والمؤمنون عند شروطهم » منتهض لذلك ، وقد عرفت عدم انتهاضه على اللزوم المتبوع للحكم على الممتنع وإن انتهض على

---

(١) **قوله** : وعند الناصر ومن معه ضمان الغصب ، أقول : فللمالك مطالبة ايهما شاء والقرار على الثاني ان جنى أو علم فأن جحد الثاني هذا الشيء المستأجر عليه بين عليه الاول ، وان جحد الاول بين عليه المالك ، ولا يخاصم الثاني وليس له على الثاني شيء شرعاً ان ادعاه بواسطة الاول ، فلو بين المالك على الاول لم تقدح بينة الاول على الثاني قاله في الغيث .

(٢) **قوله** : الاجير اذا كان عبداً أو صبياً ، أقول : وكان المؤجر له سيده لا لو كان هو الذي أجر نفسه فاعتقه السيد كان ذلك اجازة فلا ينفسخ العبد كما تقدم مثله في النكاح ، قاله في الغيث وعبارة الشارح موهمه وقد صرح الفتح حيث قال لا لو أجر نفسه ، وأعلم ان دليل المسألة القياس على النكاح وقد أورد عليه انه لا يثبت له الفسخ في النكاح حيث عقد له سيده بخلاف الاجارة فكيف يقاس على النكاح مع ظهور الفارق .

(٣) **قوله** : فليس له فسخ عقد الأب ، أقول : يقال هل قيست الاجارة على النكاح في انه لا فسخ لعقد الأب قيل ذلك مخالف لقياس الاصول فلا يقاس عليه وانما خصها الاجماع ولكونه صلى الله عليه وآله وسلم لم يخبر عايشة بأن لها الخيار وهو في محل التعليم .

النذب ثم قوله ﴿ **فيتبعها أحكام الملك** ﴾ من وجوب تزكيتها وصيرورته غنياً بها وصحة البراء عنها ونحو ذلك ، إن أراد تبعية موقوفة على استقرار الملك وانكشاف تحققه فمسلم ولكن أحكام الموقوف موقوفة كما قلنا في الزكاة ، ان ما جعل خياره حولاً فعلى من استقر له الملك وإن[1] أراد تبعية ناجزة بحيث[2] لو كان معه تسعة عشر مثقالاً من أول الحول وعقد عند تمامة إجارة على دابته بمثقال وجب عليه تسليم زكاة نصاب في الحال قبل عمل المستأجر وقبل تسليمه الأجرة وقبل مضي مدة الاجارة ، فهذا لا يثبت بدليل الا ما يتوهم ان العقد سلب للملك كالنصاب والعمل أو مضي المدة شرط كالحول وذلك ان ثبت لا يجدي لأن حصول الشرط جزء من المقتضى عند المحققين ، ولهذا لم يجعل ابن عباس رضي الله عنه ومن معه الحول شرطاً لوجوب الزكاة وانما هو مهلة وتقدم تحقيقه في الزكاة ولا كذلك قبض المبيع والمنفعة بالأذن أو الحكم فانهما أصل مناط الملك ، ولهذا ثبت النهي عن بيع ما لم يقبض ولو تبعته أحكام الملك لصح بيعه لأن صحة بيع الشيء لازم من لوازم ملكه ﴿**و**﴾ اما انها ﴿ **تستقر** ﴾ أي يستقر ملكها ﴿ **بمضي المدة** ﴾ في يد المستأجر وان لم تستعمل فظاهر لكن قوله ﴿ **وتستحق** ﴾ لا معنى لزيادته لأن الاستحقاق سابق على الاستقرار وقد صرح بأنها تستحق بالعقد في موضع من البحر وفي آخر بأنها تملك به وهو تلون يخالف قوله في الشفعة وتستحق بالطلب وتملك بالحكم



فصل والأجرة في الصحيحة الخ

(١) **قوله** : وان أراد تبعية ناجزة ، أقول : هذا مراده فلا وجه للترديد فقد صرح في الغيث بذلك وقال انه المذهب كما قال الفقيه «س» والفقيه «ح» قال والوجه فيما قالاه أنها تملك بالعقد يريد أنها تملك به المنافع ولو لم تملك لم يكن للعقد فائدة ولا كان للحاكم أن يجبر على ايفائها قبل أن تملك الى غير ذلك من الوجوه ، فان قيل إنها معدومة فكيف يصح تملكها ؟ قلنا تسليم العين المؤجرة في حكم تسليم منافعها فكانت المنافع في حكم الموجودة فصح تملكها .

(٢) **قوله** : بحيث لو كان معه تسعة عشر مثقالاً ، أقول : صرح شارح الفتح بذلك حيث قال لان كل عقد لا يملك فيه أحد البدلين بنفس العقد لا يملك البدل الآخر كالهبة بشرط العوض لما لم يملك الموهوب بنفس العقد لم يملك البدل الآخر والمنافع لا تملك بالعقد لأنها معدومة اهـ قلت قد تقدم قريباً إيراد المصنف لهذا السؤال وأجاب عنه وعلى صحة جوابه يزاد في رسم البيع والمبيع موجود أو في حكمه ، والأقرب في النظر قول شرح الابانة .

أو التسليم والقياس حذفه والاكتفاء[١] بذكر الاستقرار ﴿ **بالتعجيل** ﴾ لها ﴿ **أو شرطه** ﴾ أي اقتراب التعجيل لأن المراد بها إذا عجلت أو اشترط تعجيلها لم يثبت لمن هي عليه منعها وإن ضمنها القابض لها عند تعذر عوضها من جهته فان الضمان لا ينافي الاستقرار وفيه[٢] ما قدمنا ، وأما الاحتجاج بحديث « المؤمنون عند شروطهم » ، فقد عرفت عدم انتهاضه على الوجوب ﴿**و**﴾ الحق كون ﴿ **تسليم العمل** ﴾ في الأعمال ﴿ **أو استيفاء المنافع أو التمكين منها بلا مانع** ﴾ عقلي ولا شرعي في الأعيان جزءاً من مقتضى الملك وإن كان العقد مستقلاً بالتسيب لاستحقاق مطالبة المستأجر بتسليم العين أو العمل وذلك لأن المبيع في الاجارة

---

(١) **قوله** : والاكتفاء بذكر الاستقرار ، أقول عكس هذا الأثمار وتبعه الفتح فحذفا الاستقرار واقتصرا على الاستحقاق ، قال شارح الأثمار قال في الشرح وانما عدل المؤلف عن قوله في الازهار وتستقر بمضي المدة الخ لأنه لا معنى لتسميته استقراراً وانما هو استحقاق اذ لا تستحق المطالبة بالأجرة الا بذلك .

(٢) **قوله** : وفيه ما قدمنا ، أقول : من أنه لا يتمشى ملكها بالعقد الا على القول بلزوم عقدها من الطرفين ولم يتم دليلهم على ذلك كما قاله الشارح فيما سلف فلذلك قال إن الحق ان تسليم العمل أو استيفاء المنافع أو التمكين منها بلا مانع جزء من مقتضى الملك فلا يملك الأجير الأجرة الا بعد أحد الثلاثة المذكورة بشرطها ، والعقد ليس الا سبباً لاستحقاق مطالبة المستأجر بتسليم العين أو العمل ، وقوله وذلك تعليل لعدم ملك الأجرة بالعقد ومراده ان عقدها كعقد البيع ولا يجب تقديم تسليم الثمن الا مع حضور المبيع ولا حضور للمنفعة هنا التي هي المبيع حال العقد واذا لم تحضر فكيف يقال انها تملك بالعقد فانه لم يستحق تسليم الأجرة كما لم يستحق تسليم الثمن بعقد البيع ، والملك أخص من الاستحقاق ، وقد انتفى هذا وانتفاؤه موجب لانتفاء الأخص الذي هو الملك ، ولما أطلق الأزهار الاستحقاق ولم يقيده باستحقاق التسليم والشارح في دليله المذكور ما تم له الا بجعل المراد استحقاق التسليم أورد المصنف على نفسه سؤالاً ودفعه حاصل السؤال التفرقة بين استحقاق التسليم واستحقاق المسلم ونظيره العين المرهونة فأنه يستحقها مالكها وهي المسلم ولا يستحق تسليمها من المرتهن الا بعد ايفاء الراهن ما رهنها فيه ومثله العين المؤجرة فافترق الاستحقاقان فليحمل كلام المصنف على ما يصح وهو استحقاقها لا استحقاق تسليمها فلا يتم الحاقها بتسليم الثمن وحاصل الجواب أن العين المرهونة والمؤجرة ملكها ثابت للراهن والمؤجر بكمال جزأي سبب الملك من العقد والقبض ، وإنما عرض مانع التسليم باختيار الراهن والمؤجر بخلاف مسألة الاجارة فانه لا قبض للمنافع فتأمل ، والشارع قد أشار الى ما ذكره المصنف في قوله ولا يقال استحقاقها غير استحقاق تسليمها ورد تفرقة المصنف بما ذكره .

هو منفعة العين وقد تقدم في البيع أنه انما يجب تقديم تسليم الثمن مع حضور المبيع والمنفعة هنا هي المبيعة وهي غائبة[١] حال العقد فاذا لم يستحق تسليم الثمن الذي هو الأجرة الا بحضور المنفعة المتعلقة بالعين فكيف يقال إنها تملك بالعقد والملك أخص من الاستحقاق وانتفاء الأعم موجب لانتفاء الأخص ، ولا يقال استحقاقها غير استحقاق تسليمها والمسبب عن العقد انما هو استحقاقها لا استحقاق تسليمها وانتفاء استحقاق التسليم لها لا يستلزم انتفاء استحقاقها نفسها الذي هو المدعى لجواز انتفاء استحقاق التسليم مع ثبوت استحقاق المسلم ، كما في المرهون والمؤجر لأنا نقول ملك المرهون والمؤجر ثابت بكمال جزئي السبب من العقد والقبض قبل الرهن والاجارة ، وانما هو عرض المانع من التسليم باختيار الراهن والمؤجر ولا كذلك استحقاق الملك المبتدأ ﴿ **والحاكم فيها** ﴾ أي في الاجارة الصحيحة ﴿ **يجبر الممتنع** ﴾ عن موجب عقدها بناء على أن عقدها لازم من كلا الطرفين كما تقدم ﴿ **ويصح** ﴾ ان يكون الأجرة ﴿ **بعض المحمول و** ﴾ بعض ﴿ **نحوه** ﴾ نحو أن يستأجر على رعي غنم بريعها إلا أن فيه بحثاً[٢] وهو أنه إن أريد بعض المحمل قبل حمله فهو لا يسمى محمولاً حينئذ ولا

---

(١) **قوله** : وهي غائبة حال العقد ، أقول : أما على القول بان تسليم العين المؤجرة في حكم تسليم منافعها فليست بغائبة وعلى كل تقدير فالمنفعة من حيث هي غير موجودة بل الموجود ليس الا العين والغيبة والحضور من خصائص الاعيان .

(٢) **قوله** : الا ان فيه بحثاً ، أقول : هذا البحث والترديد سببه اسقاط الشارح لفظ «بعد الحمل» من كلام المصنف وهي ثابتة في كل نسخ الازهار وكأن الشارح كان يشرح على ما يحفظه والحفظ يخون وحينئذ فالمراد الثاني وقوله انه ضعيف كما أشار الى ضعفه غير مسلم فانه بناء على ما قاله الفقيه س من التفرقة بين المحمول والمصبوغ وذلك لان الصبغة معدومة فلا تصح أجرة بخلاف المحمول فهو موجود فرد المصنف هذا الفرق في الاشارة الى ضعفه بصيغة التمريض قال لان العلة التي ذكرها ضعيفة لانه لا يجب الا عمل نصف الغزل ولانه يصح الاستئجار بمنفعة معدومة فضعف التفرقة بين المحمول والمعمول ، وقال هما شيء واحد تصح الاجارة فيهما جميعاً ، وسبب التفرقة بين المحمول والمعمول انه وقع في الفنون للهادي عليه السلام انه لا يصح ان يستأجر من ينسج له غزلاً بنصف المنسوج أو يعمل سكاكين بنصفها بعد العمل وصرح في المنتخب بصحة الاستئجار على حمل طعام بنصفه فاختلف في توجيه كلامه فقيل له قولان في المحمول والمصنوع قول انه لا يصح فيهما جميعاً ، وقول انه يصح فيهما جميعاً ، وقيل وجهه انه يفرق بين المصنوع والمحمول ، فالمصنف اختار قول من قال انه يصح فيهما جميعاً ، ورد على من زعم التفرقة بقوله قيل فكلامه صحيح لا يرد عليه ما أورده الشارح فتدبر ، وأعلم ان لصاحب الاثمار تفصيلاً في المسألة ، فقال ولا يصح ببعض نحو محمول مطلقاً او بنحو=

موجب للفساد إلا ما يتصور من شياع الأجرة والثمن يصح مشاعاً وإن منعته الحنفية ، وإن أريد بعد حمله فهو مما أشار إلى ضعفه بقوله ﴿ **قيل لا المعمول بعد العمل** ﴾ كما لو استأجره على نسج غزل بنصف الحاصل بعد النسج أو طحن حب بنصف طحينه أو مقدار معين منه ، وإنما أشار إلى ضعف نسبة القول بذلك إلى أصول[١] الهدوية لأن المانع لذلك إنما هو زيد والناصر ومالك وأبو حنيفة محتجين بحديث «أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن قفيز الطحان » الدارقطني والبيهقي من حديث أبي سعيد ، قلنا أعله ابن القطان والذهبي بهشام بن كليب ، راويه عن ابن أبي نعيم عن أبي سعيد ، قالا لا يعرف وحديثه[٢] منكر قالوا هو في ثقات ابن حبان ، وقال مغلطاي هو ثقة ووقع عند البيهقي مرفوعاً وان كان بغير إسناد قلنا[٣]

= معمول غالباً ، قال شارحه بعد ذكر المراد بالمحمول كما ذكرنا وأراد بنحو المحمول ان يستأجره على رعية أنعام ببعضها ، وحماية الثمار ببعضها ، وما أشبه ذلك اذ لا جهالة في الأجرة ولا المنفعة ، وقوله مطلقاً سواء جعلت الأجرة بعض ذلك المحمول ونحوه بعد الحمل ونحوه أو قبله ، ثم ذكر المراد من المعمول كما ذكرنا من مسألة السكاكين ، ثم قال وأراد بنحو المعمول على قطف أثمار ببعضها أو نحو ذلك ، وقوله غالباً احتراز من ان يشترط عليه عمل الكل يعني المستأجر عليه والأجرة فان ذلك لا يصح ، وقال نقلاً عن شرح الاثمار ان المؤلف اختار التفصيل يعني الفرق بين مسألة المحمول ونحوه ، ومسألة المعمول ونحوه ، قال وسواء كان ذلك مراد الهادي فيكون تلفيقاً أو غير مراده فيكون توسطاً فهو يصح على الأصح اذ هو أخذ من كل قول بطرف اهـ. قلت وقد ذكر الفتح كلام المؤلف .

(١) **قوله** : الى أصول الهدوية ، أقول : بل الى نظر الهادي ، قال في الغيث أشرنا الى ضعفه لان الشيخ أبا جعفر قد حكى عن الأحكام أنها تصح مسألة الغزل ، وذكر في التحرير صحة الاستئجار على السكاكين .

(٢) **قوله** : وحديثه منكر أقول : هذا اللفظ ليس الا للذهبي وحده ولم يقله ابن القطان بل أقتصر على «لا يعرف» كما في التلخيص ، الا ان الشارح لخص الكلام فوقع فيه الايهام ، وأعلم أنه رواه البيهقي والدار قطني بلفظ «نهى عن عسيب الفحل وقفيز الطحان» بالبناء لما لم يسم فاعله وأورده عبد الحق في الأحكام بلفظ «نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم» وتعقبه ابن القطان بأنه لم يجده الا بلفظ البناء لما لم يسم فاعله والشارح جزم بنسبة ما قاله عبد الحق الى البيهقي والدار قطني ، نعم وقع في سنن البيهقي مصرحاً برفعه الا انه لم يسند فقول الصحابي «نهى» محمول على ان الناهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم فلم يفرق بين معلوم ومجهول .

(٣) **قوله** : قلنا مجمل اختلف في تفسيره ، أقول : الاجمال يقتضي ان لا يفسر بل يوقف حتى يرد البيان من الشارع ، ففي العبارة شبه التناقض ثم انه فسره ابن الاثير في النهاية بأنه أن يستأجر رجلاً فيطحن =

مجمل اختلف في تفسيره ففسره ابن المبارك أحد رواته بأن يقال للطحان إطحن بكذا وكذا وزيادة قفيز من نفس الطحين وقيل هو طحن الصبرة لا يعلم كيلها بقفيز منها قالوا يحمل على كل معانيه فيها كالمشترك وأما مع عدم الظهور فلا وإن سلم فعلة النهي غير معقولة إذ لا غرر ولا جهالة كما تقدم في بيع الصبر فيوقف في محله .

وأقول ظاهر تفسير ابن المبارك يشعر بأن العلة كون القفيز زيادة على الأجرة فيكون ذلك مظنة الاختلاف في لزومه وعدمه كما أشرنا إلى مثله فيما تقدم عند قوله ويلحق

= له حنطة معلومة بقفيز منها والقفيز مكيال يتواضع الناس عليه وهو عند أهل العراق ثمانية مكاكيك اهـ وهو ظاهر بانه لا اشتراك في لفظه والتفسيران اللذان ذكرهما الشارح هما في التلخيص والأولى مع الاختلاف الرجوع الى الترجيح وكلام ابن الاثير أرجح لأنه ناقل عن أئمة عدة من أهل اللغة كما صرح به في ديباجة كلامه في خطبة النهاية فهو نقل عن جماعة وكلام ابن المبارك كلام واحد ونقل الجماعة أرجح وفيه تأمل [1] وأما المصنف فأجاب عن قفيز الطحان بانه محمول على جهل قدر القفيز أوحيث استؤجر على طحن صبرة بقفيز منها بعد طحنها ، قال عليه المنار لا أدري كيف وقع هذا فان القفيز معيار معروف فلا معنى لفرض جهله ، وأما قوله حيث استؤجر على طحن الصبرة فهذه هي الصورة المتنازع فيها اذ لا فرق بين قوله اطحن لي هذه العشرة الاقفزة بقفيز منها بعد طحنها وبين قوله اطحن هذه الصبرة كما مر هنا وفي البيع ولا وجه للفساد عند من صحح بيع الصبرة والاجارة عليها فينظر في كلام المصنف اهـ .افعرفت ان المصنف انفصل عن الحديث بأنه نهى عنه لأجل الجهالة والشارح انفصل عنه بأنه مجهول العلة فتوقف في محله فلا يكون دليلاً على منع الاجارة بجزء من المعمول بعد العمل وصاحب الاثمار عمم المنع بما يجعل فيه الأجرة بعض المعمول بعد العمل ، قال في الفتح في تعليل ما قاله للنهي عن قفيز الطحان قال لانه يؤدي الى انه استؤجر على ملكه وملك غيره ولانه يؤدي الى المشاجرة ، والمنازعة في استحقاق طحن قدر الأجرة مثلاً وغزلها أو فسخها لكل واحد منهما ، وقد أسلفنا كلامه فجعل الحديث في المعمول بعد العمل على عمومه ولم يلحق به المحمول بل قال يصح مطلقاً ، هذا كلام من ذكر ، وقال ابن تيمية في المنتقى انما المنهي عنه طحن الصبرة لا يعلم كيلها بقفيز منها وإن شرط حبّاً لأن ما عداه مجهول فهو كبيعها إلا قفيزاً منها اهـ وقال حفيده شيخ الاسلام ابو العباس في بعض رسائله بعد كلام وأما ما يروي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه نهى عن قفيز الطحان فحديث ضعيف بل باطل فان المدينة لم يكن فيها طحان ولا خباز لعدم حاجتهم الى ذلك اهـ قلت ولا يخفى ضعف التعليل للتضعيف بذلك فان التشريع لم يكن خاصاً بما كان في المدينة بل ولا بما كان في عصره صلى الله عليه وآله وسلم فقد نهى عن أشياء لم تحدث إلا بعد عصره في غير بلده .

---

(١) لان تصريحه بنقل كتابه عن جملة أيمة لا يقتضي ان كل فرد منه منقول عن جميعهم هذا وجه التأمل .

بالعقد الزيادة والنقص المعلومان ويكون هذا حجة لما نبهناك عليه هناك من كونه تبرعاً لا لزوماً ﴿ **وفي الفاسدة** ﴾ أحكام تخالف أحكام الصحيحة منها أن الحاكم ﴿ **لا يجبر** ﴾ الممتنع عن موجبها ﴿و﴾ منها أنها ﴿ **لا تستحق** ﴾ على الصفة التي سميت عند العقد ﴿و﴾ إنما ﴿**هي أجرة** [١] **المثل**﴾إذا كان الفساد اصلياً وإن كان طارئاً فالأقل من المسمى وأجرة المثل ولم يفرق الشافعي رضي الله عنه في كون الواجب هو أجرة المثل ولا أبو حنيفة في كون الواجب هو الأقل منهما ، ومنها أنها لا تستحق بالتمكن من قبض المنفعة كالصحيحة بل لا تستحق ﴿ **إلا باستيفاء المنافع في الأعيان وتسليم العمل في المشترك** ﴾ خلافاً للشافعي وقديم قولي المؤيد بالله ، لنا أنها غير لازمة حينئذٍ فكان العقد كلا عقد فلا سبب للزوم الأجرة بعده إلا ضمان المنفعة ، وإنما يكون بعد استهلاكها ، وأجيب بأن وجه الفساد انما يكون مصححاً للفسخ فقط لا مانعاً مما وقع به التراضي ، والفرض أن لا فسخ ومن هذا تحدس وجوب المسمى أيضاً لا أجرة المثل والأقل منهما إذْ لا مساس بين فساد العقد وفساد التسمية ، ولهذا أوجب أبو حنيفة المسمى حيث كان أقل من أجرة المثل وعدم إيجابه إذا كان أكثر تحكم صرف ولأن العلة الرضى به في الجانبين .

﴿ فصل ﴾

﴿ **ولا تسقط** ﴾ الأجرة ﴿ **بجحد المعمول فيه** ﴾ إذا كان الجحد ﴿ **في** ﴾ الاجارة ﴿ **الصحيحة مطلقاً** ﴾ سواء [٢] جحد قبل العمل أو بعده ﴿و﴾ أما ﴿ **في الفاسدة** ﴾ فانما

---

(١) **قوله** : وهي أجرة المثل : أقول : فان كانت أجرة المثل مختلفة فانه يجب الاقل اذا اختلفت على عددين والوسط اذا اختلفت على ثلاثة أعداد وبالأقل من الوسطين اذا اختلفت على أربعة أعداد ، وقيل يجب في الاصول التي راجعنا عليها «الوسطين» وهو خطأ واضح لانها فاعل يجب المراجعة وعلى هذا لو كثرت الاعداد وهذا حيث اختلف المقومون على اختلاف أجرة المثل ، وأما حيث اختلفوا فيها فانه يكون على الخلاف في تقويم المقومين هل يؤخذ بالأقل أو الأكثر ففي شرح الزيادات وهو قول المنصور وابي حنيفة يعمل بالأكثر ، وقال الشافعي والفقيه «ح» يعمل بالأقل لأنه المتيقن .

(فصل) ولا تسقط بجحد المعمول فيه .

(٢) **قوله** : سواء جحد قبل العمل أو بعده ، أقول : ومثله المحمول والمرعي والمحمي وذلك لأن عمله مستند الى العقد في الحالين والجحد لا يبطل عقد الاجارة .

ينتفي سقوطها ﴿ **إن عمل قبله** ﴾ أي قبل الجحد لا لو عمل بعده فيسقط لأن جحد المعمول فيه يصيّره[١] في يده غصباً غير مأذون له بقبضه فضلاً عن العمل فيه .

لكن فيه بحث حاصله : أن الغصبية إن كانت مانعة بنفسها للأجرة مع بقاء[٢] المقتضى وهو العقد فلا فرق بين الصحيح والفاسد في سقوطها بالغصب لكن سقوطها به يتوقف على تصحيح ما نعيه لتأثير السبب ولا سبيل إلى القول بأن الغصب رافع للسبب الذي هو العقد لأنه[٣] إنما يرتفع بالفسخ والفرض أن لا فسخ ﴿ **وتسقط في الصحيحة بترك** ﴾ الأجير ﴿ **المقصود** ﴾ بغير منع المستأجر له ﴿ **وإن فعل المقدمات** ﴾ التي لم يشتمل العقد عليها إذ لو اشتمل عليها لزمت حصتها من الإجارة ثم العبارة موهمة[٤] أن ترك المقصود في الفاسد لا تسقط أجرته وليس كذلك ، وإنما المراد أن المقدمات في الصحيحة تسقط بتركه لا في الفاسدة إلا أن هذا مستلزم لمزية العقد الفاسد على الصحيح ، وأما توهم أن عدم لزوم المسمى في الفاسدة فارق فخيال[٥] كاذب لأن كون الوصف علة حكم شرعي تفتقر الى دليل شرعي ﴿و﴾

---

(١) **قوله** : يصيره في يده غصباً ، أقول : في شرح الأثمار لأنه قد عزل نفسه عن الوكالة بالجحود فصار حكمه حكم الغاصب والغاصب لا يستحق أجرة ووجه عدم سقوطها قبله أن عمله مستند الى أمر المالك فاستحق العوض وهو الأجرة انتهى بلفظه وقوله انه عزل نفسه عن الوكالة فكأنه يريد ان صار في الأجارة الفاسدة في حكم الوكيل في قبض العين قبل الجحد .

(٢) **قوله** : مع بقاء المقتضى ، أقول : فيه بحث لان العقد انما هو مقتض في العقد الصحيح فانه الذي يقتضي الأجرة بخلاف الفاسد فالمقتضى للأجرة العمل لا العقد فالفرق بين الأمرين واضح .

(٣) **قوله** : لانه انما يرتفع بالفسخ ، أقول : في شرح الاثمار هذا مبني على ان الفاسد ينفسخ بالجحود ومن غير حكم كما ذكره القاضيان فأن العقد الفاسد لغو وهذه هي المسألة التي أرسل بها أبو حنيفة الى أبي يوسف لما اعتقد انه قد اكتفى فقال للرسول ان قال يلزم فقل أخطأت وان قال لا يلزم فقل أخطأت ، ولما قدم أبو يوسف على أبي حنيفة فصل له ذلك ووجهه ما سلف من ان الأجرة في الصحيحة مستندة الى العقد وهو لا يبطل بالجحود وفي الفاسدة الى الأذن وقد بطل بالجحود .

(٤) **قوله** : موهمة ان ترك المقصود في الفاسدة لا تسقط به الأجرة ، أقول : هذا الايهام مندفع بما تقرر من ان الفاسدة لا يستحق عليها أجرة الا باستيفاء العمل وقد تقدم هذا صريحاً فلا يعارضه مفهوم اللقب فان الصحيحة وان كانت صفة في الاصل لكن قد غلبت الاسمية عليها وكأنه لهذا قال يوهم .

(٥) **قوله** : فخيال كاذب ، أقول : تطلب الفارق فرع حصول الجامع ولا جامع اذ العقد الفاسد لغو لا يترتب عليه شيء من الاحكام فتطلب الفارق هو الخيال الكاذب .

يسقط من الأجرة ﴿ بعضها بترك البعض ﴾ من المقصود وينبغي أن يأتي فيه خلاف الشافعي وتفصيل الامام يحيى كما تقدم ، وأقرب من ذلك أن يقال إن كان تتميم العمل لا يمكن إلا بمثل أجرة الكل لم يستحق تارك البعض شيئاً وإلا استحق القسط لاسقاطه بعض المؤونة ﴿ **ومن خالف في صفة للعمل بلا استهلاك** ﴾ للمعمول فيه نحو أن يستأجره على نسج الغزل أذرعاً معينة فيخالف إلى أكثر أو أقل ﴿**أو**﴾ خالف ﴿ **في المدة** ﴾ بزيادة على المضروبة ﴿ **لتهوين** ﴾ وعدم اهتمام أو نقصان منها لمزيد اهتمام بشرط كون التهوين ﴿ **أو عكسه** ﴾ مما يفوت غرضاً أو يوجب عيباً كما لو هوّن مع كون الغرض السرعة أو أسرع مع كون الغرض التهوين لأمور تقتضي الغرضين ﴿ **فله الأقل** ﴾ من المسمى وأجرة المثل إذا كان ﴿ **أجيراً** ﴾ قال المصنف أما المسمى فلأنها صحيحة وأما الأقل فللمخالفة وهو تهافت لأنها لو صحت للزم المسمى على كل حال وانما يتجه ذلك على قول أبي حنيفة إن المخالفة في الصحيحة يقتضي فسادها وقد منعه المصنف مسنداً له الى أن الفساد إنما يكون بوصف لا يستقر معه العقد والتعدي لا تعلق له بالعقد وهو كما قال ثم ما ذكره المصنف هنا هو كلام الامام يحيى وقد نظره المصنف ﴿ **شرح** ﴾ والحق أن المخالفة في صفة العمل إلى ما يفوت معه الغرض استهلاك حكمي إن فوتت المنفعة المقصودة من الاجارة فذلك نقص يجب ارش اليسير منه ويخير في الكثير كما تقدم وإلا فالواجب المسمى على كل حال ﴿**و**﴾ أما إنه يجب ﴿ **عليه**[١] **الأكثر** ﴾ من المسمى وأجرة المثل إذا كان ﴿ **مستأجراً** ﴾ للعين فالتصرف في العين بما لم يأذن به المالك غصب كالجحد لها وقد تقدم أن الغصب لا يسقط المسمى في الصحيحة وإنما يجب هنا ضمان أجرة ما زاد من العمل وضمان العين إن تلفت به كما تقدم في المخالفة في الحمل والمسافة .

﴿ فصل ﴾

﴿**و**﴾ شرح المستأجران ﴿**لكل منهما فسخ الفاسدة المجمع على فسادها بلا حاكم** ﴾ ولا تراض وقيل أحدهما[٢] شرط مطلقاً وقيل لا يشترط أحدهما مطلقاً ، لنا مقامان

---

(١) **قوله** : وعليه الأكثر مستأجراً ، أقول : حذفه الاثمار والفتح ، قال شارح الاثمار وانما ترك ذكر المستأجر في هذا الموضع بخلاف عبارة الازهار لانه قد قدم ما يدل عليه من قوله فيضمن الكل بكل مخالفة وزايد الأجرة غالباً . وعبارة الازهار فان زاد ما مثله مؤثر ضمن الكل .

(٢) فصل «**ولكل منهما فسخ الفاسدة**» **قوله** : وقيل أحدهما شرط الخ ، أقول : ضمير التثنية في هذا وما بعده للحاكم والتراضي ، وقوله مطلقاً أي سواء كان الفساد مجمعاً عليه أو مختلفاً فيه .

أحدهما أن المجمع على فسادها عقدها كلا عقد فلا تحتاج الى أحدهما ، والثاني أن المختلف فيها مظنة الصحة إما للتصويب[١] وإما لعدم تعين المحق فلا يتحقق رفعها إلا بحكم أو رضى المشترط لزمت الصحيحة على وجه[٢] من الفساد مجمع عليه وهي بيع المعدوم فيجوز أن يلزم مع وجه آخر من الفساد فلا يرتفع[٣] اللزوم إلا بتراض أو حاكم ، قلنا إنما لزم[٤] ما أذن به الشارع قالوا أذن بالدخول في الفاسد كما تقدم النافي[٥] للاشتراط كان القياس نفيه في الصحيحة أيضاً لذلك وللخلاف في أن عقدها ليس بلازم وإنما منع الاجماع من استقلال أحدهما بفسخها دون ما سيأتي ، وأجيب بمنع الاجماع مسنداً[٦] بأن القول لا يموت بموت قائله وبأن الأجماع الذي هو حجة هو ما لم يسبقه خلاف مستقر ﴿و﴾ أما الاجارة ﴿ **الصحيحة** ﴾ فلا يستقل أحدهما

---

(١) **قوله** : اما للتصويب ، أقول : أي القول بأن كل مجتهد مصيب للحق فخلافة حق فهو في محل من الصحة وعلى القول بانه مخطىء وأن الحق مع واحد لكن الذي معه الحق غير معين فيحتمل انه مع كل من المخالفين فلم يخرج عن مظنة الصحة هذا مراده وهو كلام غير صحيح وكون كل مجتهد مصيب أو كون الحق مع واحد انما هو بالنظر الى الاحكام الاخروية فيؤجر المصيب أجرين ويؤجر المخطى أجراً واحد لا الى غيرهما من الصحة وخلافها ولم يعلل به غير الشارح .

(٢) **قوله** : على وجه من الفساد مجمع عليه الخ ، أقول : ان أراد مجمع عليه في البيع فقد يسلم في غير السلم ولا يضر وان أراد في الاجارة فغير مسلم والالزم ان كل اجارة فاسدة ولا توجد ماهيته الصحيحة فيها وكلامه في بيان حكم الصحيحة .

(٣) **قوله** : فلا يرتفع اللزوم ، أقول : أي لزوم عقد الفاسدة الا بأحد الأمرين كالصحيحة .

(٤) **قوله** : انما لزم مما أذن به الشارع ، أقول : وقد أذن في عقد الاجارة على منافع معدومة ، وقوله قالوا أذن بالدخول في الفاسد مع كونه فاسداً وعقد الاجارة هنا غير فاسد وان كانت المنافع معدومة فعدم المنافع لا يفسد عقد الاجارة انما أفسد عقد البيع ففي كلامه مغالطة .

(٥) **قوله** : النافي للاشتراط ، أقول : أي قال من نفى اشتراط أحد الأمرين في فسخ الفاسدة ان القياس نفى اشتراط أحدهما في الصحيحة أيضاً كما في الفاسدة لذلك أي للزومها مع وجه من الفساد وقوله بدون ما سيأتي أي بدون الاربعة ونحوها .

(٦) **قوله** : مسنداً بأن القول لا يموت بموت قايله الخ ، أقول : ينظر من القايل بانفساخ الصحيحة بدون احد أمرين الحاكم أو التراضي أو بدون نحو الاربعة فانه انما قدم ان النافي لاشتراط احد الأمرين في الفاسدة وقال وكان القياس نفيه في الصحيحة الا انه منع عنه الاجماع فهذا النافي لم يقل بعدم الاشتراط في الصحيحة بل ادعى انه منع عن القول به الاجماع على اشتراطه فتأمل فأين القايل .

بفسخها إلا ﴿ **بأربعة** ﴾ أي بواحد منها ﴿ **بالرؤية والعين** ﴾ كما تقدم في البيع إلا أن العيب المتجدد في يد المستأجر هنا يفسخ به لا المتجدد في يد المشتري ، وذلك لأن البيع هنا هو المنافع وهي متجددة لا تقبض إلا بتدريج ﴿ **وبطلان المنفعة** ﴾ أي انقطاعها من الأجير لمرض ونحوه ومن العين لعدم صلاحيتها بخراب في الدار او انقطاع ماء الأرض ونحو ذلك ﴿**و**﴾ أما انفساخها بما يعرض لأحدهما من ﴿ **العذر الزائل معه الغرض بعقدها** ﴾ اختيارياً كان أو اضطرارياً فانما يتمشى على القول بأن عقدها غير لازم ولهذا قال الشافعي[١] لا فسخ لعذر إلا أن يكون مانعاً عقلياً أو شرعياً ولا حاجة إلى قوله ﴿ **ومنه مرض من لا يقوم به إلا الأجير والحاجة إلى ثمنه** ﴾ على أن الحاجة إلى الثمن لا تحوج الى الفسخ لصحة البيع مع بقاء الاجارة كما تقدم .

نعم لو تعذر بيعه مؤجراً كان ذلك عذراً ﴿**و**﴾ أما أن عروض ﴿ **نكاح من يمنعها الزوج** ﴾ موجب لفسخ الاجارة التي دخلت فيها قبل النكاح فانما ذلك مانع لا فوات غرض فهو من بطلان المنفعة إذ المراد بالبطلان أعم ما كان سببه عقلياً أو شرعياً ﴿**و**﴾ أما الاعتراف بأن بُطْلان المنفعة يصحح الفسخ ثم إطلاق القول بأنها ﴿ **لا تنفسخ بموت أيهما** ﴾ فمن[٢] الهوس في الاجتهاد أما في موت[٣] الأجير للعمل فلأن موته كخراب الدار ، وأما في إجارة

---

(١) **قوله** : قال الشافعي لا فسخ لعذر ، أقول : في نهاية المجتهد انه قول فقهاء الامصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم وانه لا ينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة والقايل بجواز الفسخ للعذر الطارىء ابو حنيفة ، قال وعمدة الجمهور «أوفوا بالعقود» لان الكل عقد على منافع فأشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ تراجع العبارة أصله البيع ، وعمدة أبي حنيفة انه يشبه ما به يستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة انتهى واختار المنار مذهب الشافعي ومن معه أيضاً .

(٢) **قوله** : فمن الهوس في الاجتهاد ، أقول : الهوس بفتح الهاء والواو وآخره سين مهملة ضرب من الجنون كما في القاموس أي من الجنون في الاجتهاد وهذا كلام لا طايل تحته سوى ما قصده من التهجين ولا تهجين في الاجتهادات .

(٣) **قوله** : اما موت الاجير ، أقول : في الغيث الخلاف في اجارة الاعيان ومن جملتها اجارة الخاص حيث يموت المستأجر ، وأما اجارة الأعمال ففي تعليق الفقيه ح لا يجب على الورثة ان يعملوا ولهم ذلك .

الأعيان فلأن العين انتقلت بموت المؤجر الى ملك الورثة ، والميت إنما يستهلك ما دخل في ملكه والمنفعة الموجودة بعد موته ليست مما يملكه فليس له استهلاكها .

نعم : يتجه ذلك في موت المستأجر لأن انتقال المنفعة الى الورثة كالعين وان أمكن القول بأنه لا يجب عليه شراء منفعة لم يعقدوا عليها والقياس [١] على البيع فاسد لأن المنافع متجددة لا كالمبيع وعسى ان يأتي لذلك تحقيق في الوقف ان شاء الله تعالى ، ولهذا ذهب المنصور وأبو حنيفة واصحابه والثورى والليث الى انها تنفسخ بموت أيهما واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو أجر الموقوف عليه عيناً من الوقف الذي ينتقل الى من بعده بالوقف فان الاجارة تنفسخ بموته لان من بعده ملك منفعة العين من جهة غير المؤجر ، وقد [٢] نبهناك ان لا فرق لان المنافع متجددة والميت لا يملك ما تجدد في ملك غيره فسواء [٣] في ذلك تأجير الوقف وغيره وان أريد بعدم الانفساخ كونه موقوفاً على اجازة الوارث فالحاجة الى اجازته دليل عدم نفوذ التأجير وذلك معنى الانفساخ ﴿ و ﴾ كذا من [٤] تحكمات الاجتهاد القول بأنها ﴿ لا ﴾

---

(١) **قوله** : والقياس على البيع فاسد ، أقول : ان أراد عنده فقد تقدم له جواز بيع المنافع وان أراد عندهم فهم قد بنوا مسايل الاجارة على القياس على البيع ، قال في نهاية المجتهد اختلفوا هل تنفسخ الاجارة بموت أحد المتعاقدين أعني المكري والمكتري ؟ فقال مالك والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور لا ينفسخ ويورث عنه الكراء ، وقال أبو حنيفة والليث والثوري ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة فلم بنفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع ، وعمدة أبي حنيفة ان الموت نقل أصل الرقبة المكراة من ملكه فوجب ان يبطل أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة أعني انه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معاً غلب ههنا انتقال الملك والا بقي الملك ليس له وارث ، وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذ كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت ، وربما احتجوا على المالكية بان الاجرة عندهم تستحق جزءاً فجزءاً بقدر ما يقبض من المنفعة واذا كان هذا هكذا مات المالك ، وبقيت الاجارة فان المستأجر يستوفي ملك الوارث بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح وان مات المستأجر تكون الاجرة مستحقة عليه لأن الأجرة عندهم تجب لنفس العقد .

(٢) **قوله** : وقد نبهناك ان لا فرق ، أقول : وجه الفرق عندهم انه انتقل الى الوارث من الواقف الأول لا من الميت الذي كانت له منافع الوقف بخلاف الملك فانه ينتقل من الميت الى ورثته ، قلت الا انه فرق لا يثبت حكماً .

(٣) **قوله** : فسواء في ذلك تأجير الوقف وغيره ، أقول وغير الأجير الخاص اذا مات كما في الفتح والاثمار .

(٤) **قوله** : وكذا من التحكمات ، أقول : حذفه لذلك الاثمار والفتح وجعلا حكم الحاجة الى العين وثمنها واحداً .

تنفسخ ﴿ **بحاجة المالك الى** ﴾ منفعة ﴿ **العين** ﴾ لان الحاجة الى منفعة العين كالحاجة الى ثمنها ﴿ **ولا** ﴾ تنفسخ ﴿ **بجهل** ﴾ البريد ﴿ **قدر مسافة جهة** ﴾ أرسل اليها ﴿ **و** ﴾ لا بجهل الناسخ قدر ﴿ **كتاب** ﴾ استؤجر على نسخه اذا ﴿ **ذكر لقبهما للبريد والناسخ** ﴾ لان ذلك وان كان كبيع الغائب ، وقد تقدم انه يثبت فيه خيار الرؤية فالأجير هنا كالبائع وخيار الرؤية انما هو للمشتري كما تقدم وكان شيخنا رحمه الله يقوي خيار الأجير اذا حصل تغرير كما تقدم مثله في تغرير البائع بحقارة المبيع .

فصل ﴿ **و** ﴾ **شرح** الاجارة لا تنفسخ بالموت فان الاجارة المعقودة في شيء من التركة ﴿ **تنفذ**[١] **مع الغبن الفاحش** ﴾ للمؤجر نحو أن يكرى داراً بخمسة وكرى مثلها عشرة ثم يموت قبل استهلاك المستأجر للمنفعة فان الغبن يحسب ﴿ **من رأس المال** ﴾ لا من الثلث لكن بشرط أن يكون عقدها ﴿ **في** ﴾ حال ﴿ **الصحة وإلا فالغبن من الثلث** ﴾ ولا وجه لتخصيص عقد غبن الاجارة بالذكر من دون غبن المبيع ونحوه ، ويكفي من ذلك ما سيأتي في الوصايا ان شاء الله تعالى ﴿ **و** ﴾ إذا تبرع رجل بالعمل الآخر ولم يستأجره عليه فان الأجرة ﴿ **لا يستحقها المتبرع ولا الأجير حيث عمل غيره لا عنه أو** ﴾ عمل الأجير ما استؤجر عليه لكن ﴿ **بطل عمله قبل التسليم** ﴾ لمنفعة ﴿ **كمقصور** ﴾ استؤجر على قصره فلما فرغ من قصره ﴿ **ألقته الريح في صبغ** ﴾ قبل أن يسلمه مقصوراً لأن ثمن المنفعة لا يستحق إلا بقبضها وإلا تلفت من مال البائع كالمبيع ﴿ **أو أمر** ﴾ الأجير ﴿ **بالتسويد** ﴾ للمصبوغ ﴿ **فحمر** ﴾ وهذا تكرير لبطلان المنفعة مع انه مخالف لما تقدم[٢] من قوله ومن خالف في صفة للعمل بلا استهلاك ﴿ **و** ﴾ الأجرة أي ضمان قدرها ﴿ **تلزم من رُبِّيَ في غصب** ﴾ حال

---

(١) **(فصل) وتنفذ مع الغبن الفاحش** ، اقول : اي مع غبن المؤجر غبناً فاحشاً في اجرة العين التي اجرها ومعنى نفوذها أنه ليس له ولا لورثته نقضها .

(٢) **قوله** : مع انه مخالف لما تقدم ، أقول : قيد الفتح المخالفة هنا بأن تكون لغير ما مر من الفسخ الذي يحصل به الاستهلاك أو غيره إذ مر حكمه وكأنهم فرقوا بين المخالفة في نفس العمل والمخالفة في صفة العمل فليس بتكرار ، نعم يطالبون بالدليل على اختلاف حكم المخالفة في الصفة أو في العمل ، وزاد في الفتح والأثمار في أحكام مخالفة العمل انه يجب أرش نقصه وهو ما بين قيمته قبل ذلك وقيمته مغيراً إلا انها لا تلزم القيمة والتخيير إلاَّ إذا كان نقصه بالمخالفة فوق النصف أي فوق نصف القيمة فيخير المالك بين أخذه وأخذ الأرش او تركه للأجير ويأخذ قيمته ، ثم قال وهكذا ذكر الفرق المؤلف وهو في بعض حواشي شرح الأزهار ومثله ذكره الصعيتري وغيره في مسألة الريح الآتي ذكرها .

كونه ﴿ **مميزاً** ﴾ [١] **أو حبس فيه بالتخويف** ﴾ فقط لا بالإكراه الذي أخرج عن جد الاختيار ﴿ **و** ﴾ ضمان قدر الأجرة يلزم ﴿ **مستعمل الصغير في غير المعتاد** ﴾ أي غير ما يتسامح به باستعماله فيه ﴿ **ولو** ﴾ كان المستعمل له ﴿ **أباً** ﴾ وإذا أنفق المستخدم الصبي بنية كون نفقته أجرته فإنه ﴿ **يقع** [٢] **عنها إنفاق الولي فقط** ﴾ ويكون أيضاً ﴿ **بنيتها** ﴾ وإلا كان تبرعاً

---

(١) **قال** : مميزاً ، أقول : أي يعقل النفع والضمر وفي الفتح حوله إلى متصرف ، قال أي بلـغ حد التصرف وهو الاستعمال الذي هو الدبيب على الأرض لا لو كان في المهد لا يدب فلا شيء عليه ، هكذا ذكره ابن خليل وصححه الفقيهان وقواه المؤلف ، ثم قال الأمامان والمربى والمحبوس يرجعان على المربى والحابس بما لزمهما من الأجرة لأنها لزمتهما بسببهما وهو الذي اختاره الفقيه « ل » وهذا على مذهب المؤيد ، وأما الهدوية فانهم يقولون إنها من أول الأمر على المربى والحابس ولا مطالبة للصبي والمحبوس لأن المكره آلة للمكره ولذا أوجبوا القود عليه .

(٢) **قال** : ويقع عنها إنفاق الولي ، أقول : في الفتح وتبقى النفقة الأصلية عليه ديناً ، وقال المؤلف بل تبقى الأجرة على ذلك العمل دينا لأن النفقة إنما تقع عن الواجب الأصلي فقد سقط بها إذ لا يحتاج فيه إلى تقدير نية وصفة ولا وجه ان يعكس فيقال النفقة تمنع عن الأجرة لأنها قد اسقطت عينها ولأن الأجرة تقضي من جنس مخصوص وقدر معلوم وهي أجرة المثل ثم إنها قد تكون مساوية بالتقويم للنفقة وقد تكون أكثر وقد تكون أقل فعرفت صحةما ذكره المؤلف وهو الذي ذكره ابن مظفر في البيان والكواكب اهـ والذي في الأثمار وشرحه ويقع عنها إنفاق الولي بنيتها وهي متقدمة «المؤيد» ولو أبا قال شارحه حاصل ما حققه المؤلف أن المستعمل للصغير في غير المعتاد اذا انفق عليه ناوياً للنفقة عما عليه من الأجرة إن لم يكن له ولاية على الصغير لم يسقط عنه أجرته ولا يستحق عوضاً عما انفق اذ هو متبرع بانفاقه فان كان له ولاية على الصغير فان كان غير أبيه صحت نيته ووقعت النفقة عما عليه من الأجرة اتفاقاً وسواء قارنت النية أو تقدمت وأما إذا كان المنفق المستعمل هو الأب فكذلك على أصل المؤيد لقوله إن نفقة الصغير من ماله إذا كان له مال وأما على أصل الهادي فلا يصح ذلك لقوله ان نفقة الصغير على أبيه ولو كان الصغير موسراً فلا يصح ان ينفق بنيةما عليه من الاجرة اهـ ولا يخفى ما في نقل الفتح عنه وبين عبارته وما في عبارة الازهار من القصور عن إفادة إخراج الأب من الأولياء كما هو مذهب الهادي والتدوين له واعلم أن دليل أصل المسألة لم يذكره الشارح والظاهر ان دليلها أن الأصل في المنافع ان لا تستهلك إلا بالأجرة فمن استعمل الصبي في غير المعتاد لزمته أجرته وكان تخصيص المعتاد بالاجماع الفعلي خلفاً عن سلف باستعمال الصبيان فيما يعتاد بغير تناكر ولا ذكر للأجرة إلا انه لا يخفى أنه إن أريد بغير المعتاد ما لا يطيقونه من الأعمال فهو لا يجوز استعمال المكلف فيها فضلا عن غيره وإن أريد ما يطيقونه وتعورف بين الناس فعلهم له مثل حمل الجوائح من الأسواق ونحوها والانتفاع بهم في المساكن=

شرح **﴿قال المؤيد بالله﴾** والنيةتصرف الاتفاق الى الأجرة **﴿ولو لم تقارن﴾** الاتفاق لكن و**﴿إن تقدمت﴾** قبله فقط لا لو وقعت بعده **﴿و﴾** كذا تلزم الأجرة **﴿مستعمل الكبير مكرها والعبد كالصغير﴾** سواء عمل العبد برضاه أو بغير رضاه وأما رقبة العبد فإنه يضمن العبد المكره مطلقاً سواء كان مأذوناً في التصرف أو غير مأذون صغيراً أو كبيراً انتقل أو لم ينتقل سواء استعمل في كثير أو يسير **﴿ و ﴾** كذا يضمن من استعمل عبداً **﴿ محجوراً ﴾** ولو بغير إكراه لكنه إنما يضمنه إذا **﴿ انتقل ﴾** بالاستعمال **﴿ ولو ﴾** انتقل **﴿ راضياً ﴾** حق العبارة حذف « لو » لأن الكلام في الراضي لا في المكره فقد تقدم وقال المؤيد بالله ولو لم ينتقل إذ قد استولى عليه الأمر والكل محل نظر لأن العبد الراضي مباشر للانتقال والآمر مسبب ولا شيء على المسبب مع وجود المباشر لكن العبد لا يلزمه دين لسيده فالحق أن غصب العبد إنما يثبت باكراهه بخلاف البهيمة للفرق بينهما بالعقل وعدمه .

فصل ﴿ و ﴾ الأجرة ﴿ تكره [(١)] على العمل المكروه على واجب او محظور ﴾

= بتقريب ما يراد تقريبه فهذا ايضاً مما وقع عليه الاجماع وقد استخدم النبي صلى الله عليه واله وسلم أنسا وهو ابن عشر سنين ولم يذكر أجرة ولا امر بها الناس وهو محل البيان والتعليم وقد أخرج الترمذي وأبو داود وغيرهما من حديث ابي هريرة « كنت قاعداً مع النبي صلى الله عليه واله وسلم فأتته امرأة فقالت يا رسول الله اما زوجي فيريد ان يذهب بابني وقد نفعني وسقاني من عذب الماء » الحديث ولم يقل لها رسول الله صلى الله عليه واله وسلم انه يجب له الأجرة أو اجعلي نفقته بينة أجرته ولا تستعمليه إلا فيما يعتاد ومن تتبع الأخبار والسير وجد من هذا شيئاً كثيراً .

(١) فصل وتكره على العمل المكروه ، اقول : زاد في الاثمار والفتح انه يجب الاستيجار والعمل حيث يكون اصل الوجوب على المستأجر غير الاجير ويتعين الاجير كحفر قبر ونحوه فانه يجب على الوصي او الوارث اوذي الولاية ان يستأجر من يحفر قبر المسلم ، ويجب على الاجير القبول والحفر حيث لا يوجد غيره او امتنع غيره اذ هوح فرض كفاية ، وزاد أو يندبان وذلك حيث يستأجر الحاج بعد الرمي من يحلق له رأسه أو يقصره فان الاستيجار والعمل مندوبان منهما ويحل الاجرة للاجير انتهى بمعناه ومثله في البحر وجزم في البحر بمثل هذا فان الاجرة على غسل الميت محرمة لا على حفر القبر فانها جائزة ، وفرق في البحر بينهما بأنه لا يختص القبر إذ قد يحفر له ثم يجعل لغيره بخلاف غسله ، ورده في المنار بقوله لا أرى هذا الفارق شيئاً لأنا لم نجعل تحريم الأجرة على الغسل لأنه له بحسب الحقيقة والواقع بل لأنه واجب فلا يقابله أجرة ، وهذا حاصل بتمامه في حفر القبر ويصدق على ما حفر لأجل الميت أنه

وقد [١] تقدم في ذلك كلام جملي بغنى عن ذكر الجزئيات وسواء كان كل من الثلاثة ﴿ **مشروطاً** ﴾ عند دفع الجعالة باللفظ ﴿ **أو مضمراً** ﴾ وسواء ﴿ **تقدم أو تأخر** ﴾ واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو أثيب فاعل الواجب أو أعين بحيث [٢] **لا يتوقف فعله للواجب على تسليم ما يعطي فإن ذلك جائز** . . . إلا أن ذلك ليس من مفهوم الأجرة وإنما هو بر ومعاونة فلا حاجة الى الاحتراز عنه ﴿ **فيصير** ﴾ الأجرة في يد آخذها ﴿ **كالغصب** ﴾ في أحكامه الآتية إن شاء الله ﴿ **إلا في الأربعة** ﴾ الأحكام الماضية في البيع الباطل لفقد ذكر الثمن أو المبيع أو صحة تملكها وهي أنه يطيب ربحه ويبرأ من رد اليه ، ولا أجرة إن لم يستعمل ولا يتضيق الرد إلا بالطلب ، إلا أنه تقدم أن ربح ما لا يصح تملكه لا يطيب لأنه قبضه بوجه محظور وكذلك الأمر هنا وإذا كان القبض بوجه محظور تضيق الرد لما عرفت في الأصول من أن النهي يقتضي ترك المنهى عنه فوراً

= طاعة ولا يخرج بتحويله ولا بتعطيله العارض عن كونه طاعة لأن الطاعة بحسب الحامل لا بحسب الحاصل ، ولذا لو حفره لكافر فدفن فيه مؤمن لم يكن طاعة والعكس في العكس فالاعتبار إنما هو بالوجه الذي وقع عليه الحفر وقد يعبرون بغير هذه العبارة راجعت شيخي الامام المتوكل قال هذا المحفور لا يتعين للوجوب قلت له غايته أحد الواجبات على البدل وكل تكليف كذلك فسكت .

(١) **قوله** : تقدم في ذلك كلام جملي أقول : تقدم في رسم الاجارة حيث قال غير واجبة ولا محظورة ولا لكنه لم يتقدم ذكر المكروه ثم كلامه هنا أيضاً جملي إنما ذكره ليذكر ما يتعلق به من الاحكام التي لم يسبق لها ذكر .

(٢) **قوله** : بحيث لا يتوقف تسليمه على ما يعطى ، أقول فسر غالباً في الغيث بمثل تفسير الشارح وفي شرح الأثمار بأنه احتراز عن استيجار الامام المجاهدين للجهاد فانه يصح إذا لم يتمكن من حمل المجاهدين على الجهاد إلا بالأجرة ، وكذلك المشهود له إذا لم يتمكن من الوصول إلى حقه إلا ببذل مال للشاهد فانه يجوز الاستيئجار والعمل وغير ذلك قلت واستدل في البحر لأجرة المجاهد بحديث « اللهم اجعل رزقي تحت ظلال رمحي » قال عليه في المنار المعروف في الحديث « جعل رزقي تحت ظلال رمحي وجعل الذلة والصغار على من خالف أمري » أخرجه البخاري في ترجمة باب وليس في هذا دلالة على ما أراد لأن المراد الغنيمة ، وإنما يدل على الأخذ حديث « مثل الذين يغزون من أمتى ويأخذون الجعل يتقون به مثل ام موسى ترضع ولدها وتأخذ أجرها » أخرجه أبو داود في مراسيله وأبو نعيم والبيهقي عن جبير بن نفير مرسلا فهذا يدل على إنه يأخذ ما يتقوى به . ويستدل للشاهد بحديث « أكرموا الشهود فان الله يستخرج بهم الحقوق ويدفع بهم الظلم » أخرجه البانياسي في حزبه والخطيب وابن عساكر عن ابن عباس .

وإنما يتمشى استثناء الأربعة في فقد ذكر الثمن أو المبيع لأن تسليم أحد المتبايعين ماله إلى الآخر برضاه لا في مقابلة عوض ليس بمحظور لكن حرمة الأجرة إنما تكون ﴿ **إن عقدا** ﴾ أي شرطاها على الواجب والمحظور ﴿ **ولو** ﴾ ذكرا في العقد أنها ﴿ **على مباح حيلة** ﴾ قصد بها التوصل إلى الحرام أو الواجب خلافاً للمؤيد فجعل [١] الحكم للعقد والمعقود عليه وإن كان وسيلة إلى الحرام فقد [٢] عرفناك الخلاف في تحريم وسيلة الحرام التي يتم بدونها ولم يحرمها غير المالكية وإن كانت مكروهة عند من سواهم ﴿ **وإلا** ﴾ يكن عقد بل مجرد قبض بنية الحرام والواجب لم يكن كالغصب وإن ﴿ **لزم التصدق بها** ﴾ لأنها من وجه محظور لكن [٣] في كون العقد موجباً فيها أحكام الغصب مع أن العقد والتسليم كليهما صادران باختيار مما لا مناسبة فيه

---

(١) **قوله** : فجعل الحكم للعقد ، أقول : قال عليه المنار هذا من تعليقهم الأحكام بالألفاظ التي يعلم أن المراد غير مدلولها بغير علم ولا هدى ولا كتاب منير كما تقدم في العينية ولا نسلم ان هذا ظاهر إذ كلامنا في الحكم في نفس الأمر وفيما بين العبد وربه .

(٢) **قوله** : فقد عرفناك الخلاف في تحريم وسيلة الحرام أقول : الحق أن وسيلة الحرام حرام فانه حرم نظر الأجنبية لكونه وسيلة إلى الحرام وحرم الخلوة بها لذلك بل ابلغ من هذا أنه تعالى نهى عن ذريعة ذريعة الحرام فقال (ولا يضربن بارجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن) فنهى عن ضرب المرأة برجلها لئلا يسمع صوت حليتها المخفية ، وسمع صوت الحلية ذريعة الى فتنة السامع له ، فنهى عن ذريعة الذريعة ونهى عن سب الاصنام إذا كان ذريعة الى سب الله تعالى فقال (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله) الآية فذرائع الحرام منهى عنها وكل منهى عنه الأصل فيه التحريم وقد بسطنا هذا في محل آخر .

(٣) **قوله** : لكن في كون العقد الخ ، أقول : يظهر قوة هذا وأنه لا أثر للعقد ولا تخصيصه فيما قبض بالرضى وعقد لا يملك ولا يصحح عوضاً عقد لاغ هذا ولابن القيم تحرير حسن في المسألة حيث قال فما تقولون في كسب الزانية إذا قبضته ثم تابت هل يجب عليها رد ما قبضته إلى أربابه أم يطيب لها ام تتصدق به ؟ قلنا هذا ينبني على قاعدة عظيمة من قواعد الاسلام وهو من قبض ما ليس له قبضه شرعاً ، ثم أراد القابض التخلص منه فان كان المقبوض قد أخذ بغير رضى صاحبه ولا استوفى عوضه رده عليه فان تعذر رده قضى به ديناً يعلمه عليه فانه تعذر ذلك رده إلى ورثته فان تعذر ذلك تصدق به عنه فان اختار صاحب الحق ثوابه يوم القيمة كان له ، وإن أبى إلا أن يأخذ من حسنات القابض استوفى منه نظير ماله وكان ثواب الصدقة للمتصدق بها ، كما ثبت عن الصحابة رضي الله عنهم ، وإذا كان المقبوض برضى الدافع وقد استوفى عوضه المحرم كمن عاوض على خمر أو خنزير أو على زنى أو فاحشة فهذا لا يجب رد العوض على الدافع لأنه أخرجه باختياره واستوفى عوضه المحرم فلا يجوز أن يجمع له بين العوض والمعوض فان في ذلك إعانة له على الاثم والعدوان وتيسير أصحاب المعاصي =

لتأثير الغصبية بل الظاهر أنه طرد وأن مناط الغصبية إنما هو رضى رب المغصوب ، ولا وليه ﴿ و ﴾ إذا التبس على أخذ الجعالة قصد معطيها فإنه ﴿ **يعمل في ذلك بالظن** ﴾ إلا أن الظاهر فيما سلم إلى الولاة والحكام والبغايا [١] واللصوص والشطار [٢] ونحوهم هو قصد الوجه المحرم لما أعطوه حتى تقوم قرينة ظاهرة في صرفه عن ذلك الوجه ﴿ **إذا التبس** ﴾ قصد المعطى على الأخذ ﴿ **قبل قول المعطى** ﴾ أنه لم يقصد الوجه المحرم للعطاء ، وأما انه يقبل قوله ﴿ **ولو بعد قوله** ﴾ أنه اعطاه عن قصد كونه ﴿ **على المحظور** ﴾ فما لا ينبغي نسبته إلى عالم لأن تصريحه بقصد المحظور خرم [٣] لعدالته يوجب عدم قبول خبره الثاني .

= عليها ، فهذا مما تصان الشريعة عنه ولا يسوغ القول به وهو يتضمن الجمع بين الظفر والفاحشة والغدر ومن أقبح القبيح أن يستوفي عوضه من المزنى بها ثم يرجع فيما أعطاها قهراً وقبح هذا مستقر في فطر جميع العقلاء ولا يتأتي به شريعة ، ولكن لا يحل للقابض أكله بل هو خبيث كما حكم عليه رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم، ولكن خبثه بحسب مكسبه لا ظلم من أخذ منه قدر حاجته ويتصدق بالباقي، فهذا حكم كل كسب حبيث لخبث عوضه عيناً كان أو منفعة ولا يلزم من الحكم بخبثه وجوب رده على الدافع فإن النبي صلى الله عليه وآله وسلم حكم بخبث كسب الحجام ولا يجب رده على دافعه ا . هـ. من بحث طويل اودعه آخر الهدى، وكلامه كما ترى مطلق عن التفرقة بين العقد وعدمه، وتقييده لوجوب التصدق على التائب لأنه الذي ينبغي البحث فيه وإلا فإنه يجب التصدق به وإن لم يتب وإلا كان آثماً بعدم التصدق به مع إثمه بعدم التوبة من إتيان الفاحشة، وأما ثواب هذه الصدقة فلم يتكلم عليها والأظهر انها لقابضها لا لباذلها فإنه إنما بذلها معاوضاً بها على معصية فهو آثم ببذلها ولا يستحق عليها إلا العقاب فالأجر في التصدق بها لمن قبضها وإن كان غير مالك لها فلا ينافي ذلك ثبوت الأجر له لأنه يؤجر على الامتثال في إخراجها من يده، وأما نفس العين فهي مال الله تعالى لا مالك لها لأن مالكها أخرجها عن ملكه بطيبة من نفسه فلم يبق له ملك، وأما قابضها فانه لم يملكها لأنها عوض محرم .

(١) **قوله** : والبغايا ، أقول : جمع بغية وهي الزانية ، وقد ثبت النص الصريح بتحريم مهر البغي وحلوان الكاهن وهو ما يعطاه على كهانته فالذي يعطاه البغايا محرم بالنص لا يقال فيه الظاهر هو قصد الوجه المحرم .

(٢) **قوله** : والشطار ، أقول : جمع شاطر وهو في اللغة من أعيا أهله خبثاً ولا معنى له هنا فمراده المعنى العرفي وهو الذي يلعب فوق الحبال ونحوها وهي صناعة من صناعات اللعب لا تحرم ولا يحرم عليه الذي يعطاه .

(٣) **قوله** : خرم لعدالته ، وأقول : هذا واضح لا لبس فيه والأظهر انه لا يقبل قوله مطلقاً بل ينظر الى قراين الأحوال فانه لا يبذل أحد ماله الا لغرض دنيوي في الغالب فلا بد من النظر فيما وقع الاعطاء =

فصل ﴿ و ﴾ **إذا اختلف المتآجران فإن** ﴿ **البينة على مدعى أطول المدتين** ﴾ الثابتتين وكذا المسافتين كما تقدم في تأجيل الثمن ﴿ و ﴾ البينة أيضاً على مدعي ﴿ **مضى** ﴾ المدة ﴿ **المتفق عليها** ﴾ مع ثبوت يد المنكر ﴿ و ﴾ كذا البينة ﴿ **على المعين للمعمول فيه** ﴾ والمعين لصفة العمل فاذا قال الصباغ هذا ثوبك وأنكر [(١)] صاحب الثوب أو امرتني [(٢)]

= لأجله ولأي غرض ويعرف ذلك بالقرائن فهي دلائل أحوال الناس ولقد تمر بالشخص الأعمار الطويلة وهو خال من الأعمال التي يرجى نفعه فيها وضره لا يرفع أحد إليه رأساً فاذا تعلق بشيء من ذلك سألت عنه سيول العطايا والهبات باسم النذر ونحوه والله أعلم ماالمراد من ذلك ، ولذا قال الشارح إنما سلم إلى من ذكره ، الظاهر فيه قصد الوجه المحرم ولا أثر للفظ المعطى وقد أخرج أحمد وأبو داود في سننه عن أبي امامه الباهلي قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « من شفع لأخيه شفاعة فأهدى له هدية فقبلها فقد أتى باباً من أبواب الربا » والحديث وان قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام ان في اسناده مقالا فقد اوضحنا في شرحنا سبل السلام أنه اشار ان فيه القاسم بن عبد الرحمن ابي عبد الرحمن الدمشقي مولى آل معاوية ويقال فيه الأموي مولاهم يعرف بأنه صاحب ابي امامة ، فأنه وثقه ابن معين وقال الترمذي أنه ثقة وغاية ما قدحوا به منه أنه يأتي عن الصحابة بالمعضلات قال الذهبي بعد ذكر توثيق ابن معين قال الجوزجاني انه كان خيرّاً فاضلا أدرك أربعين من المهاجرين ثم ذكر توثيق الترمذي له في الميزان وروى ابراهيم الحربي عن ابن مسعود قال السحب أن تطلب الحاجة للرجل فتقضى له فيهدى اليه فيقبلها وروى أيضاً عن مسروق أنه كلم ابن زياد في مظلمة فردها فأهدى له صاحبها وصيفاً فرده عليه وقال سمعت ابن مسعود يقول من يرد على مسلم مظلمة فرزق عليها قليلا أو كثيراً فهو سحت .

(١) **فصل والبينة على مدعي أطول المدتين قوله** : وأنكر صاحب الثوب أقول : في الغيث فعلى القصار البينة لأنه مدعي براءة ذمته برد ما يدعيه واستحقاقه الأجرة به ذكر ذلك محمد بن الحسني في النوازل فان كان المعين للثوب هو صاحبه نحو أن يقول هذا ثوبي فيقول القصار ليس بثوبك فالبينة على صاحب الثوب ، واعلم ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فاما أن يبينا اولا يبينا أو بين أحدهما إن لم يبينا فالقول قول المالك في أن الذي جاء به القصار ليس بثوبه مع يمينه فاذا حلف لم تجب عليه الأجرة وإن نكل وجبت عليه ، والقول قول القصار ان ما ادعاه المقصر ليس بثوبه فاذا حلف بطلت دعوى المقصر فان نكل حكم له به ولعل الاجرة تلزمه فانه قد صار معترفاً بلزومها ، وأما إن بينا نظر فان اتفقا انه لم يسلم إلا ثوباً واحداً تكاذبت البينتان وكانا كما لو لم يقيما بينة ، وإن لم يتفقا على ذلك حمل البينتين على السلامة وأنه قد سلم له ثوبين فيستحق ما ادعى ويجب عليه الأجرة لبيت المال ، وأما إن بين أحدهما فان كان القصار فله الأجرة والثوب لبيت المال وان كان المقصر استحق ما ادعى من الثوب وعليه الأجرة كما تقدم ، وأما الثوب الذي جاء به القصار فقد صار لبيت المال على الوجوه جميعاً .

(٢) **قوله** : أو أمرتني أن أصبغه أسود ، أقول : هذا ليس من تعيين المعمول فيه بل من المخالفة في =

ان اصبغه أسود وقال لم آمرك بالسواد ﴿ و ﴾ على الأجير ﴿ **المشترك في قدر الأجرة** ﴾ ولا وجه لتخصيص الاشتراك فإن البينة [١] على مدعي زيادة القدر من مشترك أو خاص ﴿ و ﴾ كذا تجب البينة على المشترك ﴿ **في رد ما صنع** ﴾ إذ الأصل عدم الرد ﴿ و ﴾ البينة عليه ﴿ **أن المتلف** ﴾ للمعمول فيه ﴿ **غالب إن امكن البينة** ﴾ عليه وإلا فالقول قوله وفيه نظر لأن الأصل ضمان المشترك وعدم الغالب فهو مدع لخلاف الأصل فيبين مطلقاً ﴿ و ﴾ البينة ﴿ **على المالك في** ﴾ أصل ﴿ **الاجارة** ﴾ إذا انكرها من ادعاها عليه ﴿ و ﴾ في ﴿ **المخالفة** ﴾ لما أمره به من صفة العمل لكن هذا [٢] خلاف ما تقدم من أن البينة على المعين ولهذا قال المؤيد بالله وابو حنيفة القول قول المالك ، واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو انكر المالك أمره بفعل الأكثر أجرة إلا أن [٣] هذا من إنكار زيادة القدر ﴿ و ﴾ مثله الاختلاف في قدر ﴿ **قيمة التالف و** ﴾ البينة على المالك في حصول ﴿ **الخيانة كالمعالج** ﴾ بالفتح أي المطبوب اذا ادعى ان الطبيب فعل غير المعتاد في المعالجة ﴿ و ﴾ البينة ﴿ **على مدعي إباق العبد** ـ المؤجر ـ **بعض المدة إن** ﴾ كان العبد حال الاختلاف ﴿ **قد رجع** ﴾ إلى يد المستأجر ﴿ و ﴾ القول ﴿ **للمستأجر** ﴾ للعين ﴿ **في الرد** ﴾ لها ﴿ و ﴾ في ﴿ **العين** ﴾

= العمل ، وسيأتي والشارح لما أدرجه في تعيين المعمول فيه اتجه له الاعتراض على ما سيأتي وصاحب الأثمار لما أراد إدراجه في تعيين المعمول أتى بلفظ نحو قال شارحه أراد بنحو المعمول أن يختلف المالك والأجير في صفة العمل ثم ذكر أمثلته .

(١) **قوله** : فان البينة على مدعي زيادة القدر ، أقول : قد عمم صاحب الأثمار العبارة حيث قال ودعوى مدعي الزيادة في الأجرة قال شارحه أي من دعوى خلاف الاصل أن يدعي المشترك والخاص أن الأجرة عشرة دراهم فيقول المستأجر بل خمسة فالقول قول المستأجر .

(٢) **قوله** : لكن هذا خلاف ما تقدم ، أقول : تقدم انه ليس بخلافه لأنه لم يجعل المخالفة في الصفة من قسم التعيين للمعمول فيه واستدل المصنف لما قاله هنا من أن البينة على المالك بقوله حجتنا أنهما اتفقا على الأذن في القطع أي قطعه قميصاً ، واختلفا في صفته فكان القول قول المالك دونه كما لو اختلف المضارب وصاحب المال وزاد في الفتح إلا ان يكون بعده أي بعد العمل فيبين من خالف غالب عادته كأن يدعي المالك أنه أجره بقميص وقال الأجير بل بقباء وكان غالب عمله فانه يبين المالك وحيث كان غالب عمله القميص كان القول للمالك ويبين الأجير وإن لم يكن غالباً بل يعتاد هما الأجير على سواء فله أي للأجير ويبين المالك إذ الاصل عدم المخالفة .

(٣) **قوله** : إلا ان هذا من إنكار الزيادة ، أقول : وقد دخل فيما سلف وقد حذفه الأثمار والفتح هنا .

نفسها لأن مستأجر العين أمين لا كالمشترك إلا أن يضمن غير أثر الاستعمال كان البينة عليه ﴿ و ﴾ أما في ﴿ **قدر الأجرة** ﴾ فلأن البينة على مدعي الزيادة ﴿ **قيل** ﴾ وإنما يقبل قول المستأجر ﴿ **فيما** ﴾ أي في قدر أجرة ما ﴿ **تسلمه** ﴾ من الأعيان المستأجرة ولا حاجة [١] إلى قوله ﴿ **أو** ﴾ تسلم ﴿ **منافعه** ﴾ لأن تسليم العين تسليم للمنفعة ﴿ **والا** ﴾ يكن المستأجر قد تسلم العين ﴿ **فللمالك** ﴾ ما ادعى وأشار [٢] المصنف بالقيل إلى أن لا فرق بين دعوى زيادة قدر الأجرة قبل التسليم وبعده إذ الأصل عدم الزيادة ﴿ و ﴾ **إذا اختلفا** في أن العين أو العمل بأجرة أو بلا أجرة ، كان القول ﴿ **لمدعي المعتاد من العمل بها** ﴾ أي بالأجرة ﴿ **أو مجاناً و إلا** ﴾ يكن هناك عادة ﴿ **فللمجان** ﴾ أي فالقول لمدعيه إذ الأصل في المنافع عدم الأعواض وقال المؤيد بل هي كالأعيان الأصل فيها العوض ولم يزل المصنف يكرر تفصيل الحكم عند الاختلاف وهو راجع إلى مناط واحد وهو كون القول قول مدعي [٣] خلاف الاصل .

فصل ﴿ **ولا يضمن المستأجر** ﴾ للعين ﴿ **والمستعير** ﴾ لها ﴿ **والمستام** ﴾ اي المنزوي للمبيع ﴿ **مطلقاً** ﴾ أي لا الغالب ولا غيره ﴿ و ﴾ كذا ﴿ **المشترك** ﴾ لا يضمن ﴿ **الغالب** ﴾ وان ضمن غيره . كما تقدم ولكن إنما يسقط الضمان عن هؤلاء الأربعة ﴿ **إن لم يضمنوا** ﴾ فان ضمنوا ضمنوا اما المستعير فلما سيأتي في العارية من ضمان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لدروع صفوان بن أمية التي استعارها منه ليوم حنين وقيس عليه المستأجر والمستام لأخذهم العين لغرض أنفسهم ومثلهما المشترك لولا ما تقدم من دليل ضمانه ﴿ و ﴾ لتلك الأدلة، قلنا ﴿**يضمن المشترك غير الغالب و**﴾ أما ﴿**المتعاطي**﴾ فللجناية ﴿**و**﴾

(١) **قوله** : ولا حاجة إلى قوله أو تسليم منافعه : أقول : في شرح الفتح مثل هذا فانه قال قبض المنافع قبض للعين إذ لا يتهيأ من دونها فكان يكفيه أن يذكر قبض العين ذكره في الرياض وقال الامام المهدي بل يتأتى ذلك حيث تمكن من الدار ونحوها ولم يستعمل فهو يوصف بأنه تسليم للمنافع دون الرقبة قلت وفيه تأمل .

(٢) **قوله** : وأشار المصنف بالقيل ، أقول : هذا كلام الفقيه س في التذكرة وقد رجع عنه وأمر بتصحيح ما اطلقه في التذكرة .

(٣) **قوله** : قول مدعي خلاف الأصل ، أقول : كذا في النسخة التي عليها خط الشارح والأولى حذف خلاف وكأنه سبق قلم .

أما ضمان ﴿ **البايع** ﴾ للمبيع اذا تلف قبل التسليم فلأنه في الحقيقة فسخ ، ولهذا لا يجب إلا رد الثمن لا القيمة ﴿ **و** ﴾ أما ﴿ **المرتهن** ﴾ رهناً صحيحاً فسيأتي الخلاف فيه ان شاء الله تعالى ﴿ **و** ﴾ اما ﴿ **الغاصب** ﴾ فأمر ضمانه ضروري من الدين وكل هؤلاء يضمنون ﴿ **وإن لم يضمنوا وعكسهم** ﴾ في أنه لا يضمن وإن ضمن الأجير ﴿ **الخاص** ﴾ وقد تقدم ﴿ **ومستأجر الآلة** ﴾ إذا ﴿ **ضمن أثر الاستعمال** ﴾ لم يضمنه لما تقدم وإن ضمن ما زاد عليه إذا ضمن ﴿ **و** ﴾ أما ﴿ **المضارب** ﴾ فكان قياسه أن يكون كالأجير مشتركاً أو خاصاً ﴿ **و** ﴾ أما ﴿ **الوديع** ﴾ فعدم ضمانه لغير جناية ولا تفريط مما لا خلاف فيه ﴿ **و** ﴾ مثله ﴿ **الوصي والوكيل والملتقط وإذا أبرىء** ﴾ الطبيب ﴿ **البصير من الخطأ والغاصب والمشترك مطلقاً** ﴾ أي من عمدٍ أو خطأ وكان البراء قبل الاتلاف لأنه فرق في صحة البراء بعده بينهم وبين غيرهم ﴿ **بَرِئُوا** ﴾ هكذا وقع الفعل غير معل والقياس برئوا وإنما قيد براء البصير بالخطأ لأن البراء عن العمد إباحة لتعمد الايلام ولا يستباح بالاباحة ، وأما براء الغاصب والمشترك فمبني على أن البراء قبل تلف العين المضمونة إسقاط لضمانها وإن الضمان مسبب عن نفس الغصب أو العقد ليصح البراء بعد وجود سبب المبرىء عنه وهو منقوض بعدم صحة البراء عن الرهن بعد عقده وقبل تلفه وإنما ﴿ **لا** ﴾ يبرأ ﴿ **المتعاطى** ﴾ من الخطأ لأن خطأه عمد ﴿**و**﴾ أما عدم براءة ﴿**البائع قبل التسليم**﴾ فبناء على أن إسقاط ضمان العين تصرف فيها والمبيع[1] لا يتصرف فيه قبل قبضه وفيه نظر حاصله أن استحقاق ضمان العين اخص من استحقاق العين وارتفاع الأخص بالبراء. لا يوجب ارتفاع الأعم لجواز بقاء العين امانة بعد رفع ضمانها فلا تصرف (ح) في البيع نفسه ولأن الأبرأ انما هو في الحقيقة عن قيمة التلف ولا استحقاق لها قبل التلف فالحق ان الابراء[2] من ضمان العين

---

(١) **قوله** : والمبيع لا يتصرف فيه قبل قبضه ، أقول : قد عرفناك أن النص ورد بالنهي عن بيع الشيء المشترى قبل قبضه فعمموا عبارة الحديث وأبدلوها بالتصرف وصيروا عبارتهم هي الدليل ولو أبقوا لفظ الحديث على ما ورد به لما كان لمنع البراء قبل القبض دليل بل قد تقدم الدليل على خلافه وهو هبته صلى الله عليه وآله وسلم للبعير الذي شراه قبل قبضه وذلك كالبيان منه صلى الله عليه وآله وسلم بأنهم لا يلحقون بالبيع قبل القبض غيره وتحويلهم لعبارة الحديث الخاصة إلى عبارتهم العامة جناية على الحديث وهي كعبارتهم بالاستعمال في تحريم الذهب والفضة ولم يرد النص إلا بتحريم الأكل والشرب في آنيتهما وقد قدمنا هذا مراراً لزيادة الافادة مع سعة الكتاب هذا وترداد أبحاثه .

(٢) بالبراء لا يوجب ارتفاع الأعم لجواز بقا العين امانة بعد رفع ضمانها فلا تعرف (ح) في البيع نفسه تمت .

يصيرها أمانة لا غير والابراء منها نفسها يصيرها مباحة ﴿و﴾ أما إنه لا يبرأ ﴿المتبرىء ـ من العيوب﴾ في المبيع ﴿جملة﴾ غير معين لعيب منها فلأن الرد بالعيب من موجبات البيع إلا ما رضيه المشتري وإنما يتحقق الرضى بالمعين لا بالمبهم ﴿و﴾ أما ﴿المرتهن صحيحاً﴾ فسيأتي الخلاف في عدم ضمانه بالأصالة فضلاً عن عدم براءته وأما عند من ضمنه فالفرق بينه وبين المشترك والغاصب تحكم بوالجملة أحكام هذا الفصل محتاجة إلى تفصيل وتطويل والفقيه لا يخفى عليه مقتضى القواعد الأصولية والفروعية.

باب المزارعة
وهي نوع من الاجارة



﴿ فصـــل ﴾

﴿ **صحيحهـــا أن يكري بعض الأرض** ﴾ بكراء مقـــدر ﴿ **و** ﴾ لو[١] قال ثم ﴿ **يستأجر المكتري بذلك الكراء أو غيره على عمل الباقي** ﴾ ليوافق قوله ﴿ **مرتباً** ﴾ إذ المراد أنه يقدم الاكراء على الاستئجار إذ لو قدم الاستئجار على عمل البعض لم يمكن الأجير العمل بعد العقد لتوقفه على صحة تصرفه في البعض الآخر ولا يصح منـه التصرف فيه إلا باكرائه منه أو تعيين ما استؤجر عليه وكلا الأمرين غير متعـين على المستأجـر ولا الأجـير ، بخلاف ما إذا قدم الاكراء فإن العمل ممكن بعد عقد الاستئجار لعدم توقفه على شيء ، وهذا[٢] ليس بشيء لأنه مبني على أن معنى كون المنفعة مقدورة كونها متوقفة على شيء وهو فاسد لأن غايتها أن يكون العقد مع تقديم الاستئجار موقوفاً على صحة التصرف في البعض الآخـر أو يكون للأجير مطالبة المستأجر بتسليم المعمول فيه بأي وجه لأنه تعلق له به حق العمل فيه لما التزموا من كون عقد الأجارة لازماً لا جائزاً فقط ، فلا يجب الترتيب ﴿ **أو نحوه** ﴾ بأن يقول اكتريت منك نصف هذه الأرض بعمل نصفها مقدراً للعمل فيه لكنه لا يستحق قبض البعض المكري إلا بعد تسليم العمل في المعمـول فيه فلا بد من شرط تعجيل قبض البعض المكري ليمكنه العمل في المعمول فيه لأنه مشاع وأما[٣] تفسير النحو بأن يستعير العامل من المالك بعض الأرض وتبرع بعمل الآخر فذلك غير الأجارة التي نحن بصدد أحكامها فلا بد من أن يكون كل من الاكراء والاستئجار ﴿ **مستكملاً لشروط الأجارة** ﴾ التي تقدمـت من كون المدة والأجرة والمنفعة معلومات ﴿ **وإلا فسدت كالمخابرة** ﴾ وهي[٤] المزارعة على نصف أو ثلث

فصل: صحيحها أن يكرى

(١) **قوله** : ولو قال ثم يستأجر الى قوله ليوافق ، أقول : لو قال كذلك لاستغنى عن قوله مرتباً ولو قال الشارح هكذا لكان الصواب وقد أتى الائتمار بثم ثم حذف مرتباً .

(٢) **قوله** : وهذا ليس بشيء ، أقول : تظهر قوة هذا البحث ثم رأيت المنار قد ألم به .

(٣) **قوله** : وأما تفسير النحو ، أقول : فسرها المصنف بذلك في الغيث وتعقبها حفيده بمثل كلام الشارح فقال الصحيح ان هذه الصورة ليست من هذه الأنواع فلا يستقيم ان يفسر بها وان كانت مستقيمة في بابها .

(٤) **قوله** : وهي المزارعة ، أقول : فيه عدم مرادفة المخابرة للمزارعة وليس بينهما فرق الا انها بجزء مما تخرج الارض قال الحافظ ابن حجر في الفتح بعض تراجم البخاري انه يرى يعني البخاري ان المخابرة =

الغلة الحاصلة ، وقال الباقر[١] والصادق والناصر وزيد والمؤ يد وروى عن الهادي انها صحيحة لنا ما عند الجماعة إلا الموطأ من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المخابرة وفسرها جابر بالثلث والربع وأشباه ذلك ، وقال زيد بن أنيسة قلت لعطاء أسمعت جابراً يذكر هذا عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال نعم ومثله يروي من وجه[٢] ضعيف عن رافع بن خديج عن بعض عمومته أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى ، قالوا معارض بما عند النسائي أن جابر فسرها ببيع الكدس بكذا وكذا صاعا والكدس بالضم وَكَرُمَّانٍ ٱلْحَبُّ المجموع المحصود وذلك من بيع الجنس بجنسه فلا يتحقق التساوي وهو يربو عليه يحمل ما روى عن جابر رضي الله عنه إن صح وإلا فلم أجد له أصلاً يعتمد عليه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « من لم يذر المخابرة فليأذن بحرب من ورسوله » وإلى ذلك ذهب عليّ

= والمزارعة بمعنى واحد وهو وجه للشافعية ، والوجه الآخر أنهما مختلفان في المعنى فالمزارعة العمل في الارض ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك ، والمخابرة مثلها الا ان البذر من العامل ، وقد اجازهما أحمد في روايةومن الشافعيةابن خزيمةوابن المنذر والخطابي اهـ وفي النهايةنهى عن المخابرة قيل المزارعة على نصيب معين كالثلث والربع وغيرهما ، والخبرة النصيب وقيل هي من الخبار الارض اللينة ، وقيل أصل المخابرة من خيبر لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم أقر أهلها على النصف من معمولها فقيل خابرهم أي عاملهم في خيبر وقد رد هذا القول بان المخابرة كانت تسمى بهذا الاسم قبل وجود رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم .

(١) **قوله** : وقال الباقر ، أقول : في البخاري في المزارعة قال قيس بن مسلم عن أبي جعفر ما بالمدينة أهل بيت هجرة الا ويزرعون على الثلث والربع وزارع علي وسعد بن مالك وعبدالله بن مسعود وعمر ابن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وآل عمر وابن سيرين وسرد جماعة من الصحابة والتابعين ، قال الحافظ ابن حجر انما أراد البخاري بسياق هذه الاخبار الاشارة الى ان الصحابة لم ينقل عنهم خلاف في الجواز خصوصاً أهل المدينة فلزم من يقدم عملهم على الاخبار المرفوعة ان يقولوا بالجواز على قاعدتهم .

(٢) **قوله** : من وجه ضعيف ، أقول : في البخاري بسنده الى أبي النحاسي مولى رافع بن خديج بن رافع عن عمه ظهيرة بن رافع ، قال ظهيرة لقد نهانا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن أمر كان بنا رافقا فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فهو حق قال دعاني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال ما تصنعون بمحاقلكم قلنا نؤ اجرها على الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير قال لا تفعلوا الحديث وفي البخاري أيضاً باسناده الى مولى ابن عمر قال ان ابن عمر كان يكري مزارعة الى ان =

وعمار وسعد ومعاذ وزيد والباقر[١] والصادق والناصر والمؤيد والداعي وأبو يوسف ومحمد وأحمد وجماعة من المحدثين رضي الله عنهم ، والمالكية والحنفية والشافعية وصنف ابن خزيمة كتاباً في جواز الثلث والربع ونحوهما فاستقصى الأحاديث وأجاز في الجمع بينها .

وحاصله[٢] ما ذكرنا واعتضد بأنه لو صح كونها الثلث والربع لما مات النبي صلى الله عليه وآله وسلم والأمر في خيبر على ذلك واستمر الى أن أجلى عمر اليهود عنها في آخر خلافته ، قلنا

= قال حتى حدث عن رافع بن خديج ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن كراء المزارع فذهب ابن عمر الى رافع وذهبت معه فسأله فقال نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن كراء المزارع الحديث قال الحافظ في الفتح وقد استظهر البخاري لحديث رافع بحديث جابر وابي هريرة رداً على من زعم ان حديث رافع فرد وأنه مضطرب وأشار الى صحة الطريقين عنه حيث روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وروى عن عمه . وبه تعرف ان الشارح قصر في البحث فحكم على الصحيح بالضعف وأنه قد كان سبقه الى اعلا له بالاضطراب أحمد بن حنبل كما في نهاية المجتهد ، قال أحمد بن حنبل أحاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث ابن عمر اصح اهـ وبه تعرف ان قول ابن حجر رداً على من زعم ان الزاعم هو أحمد بن حنبل .

(١) **قوله** : والصادق والباقر ، أقول : هذا تكرار وهو في جميع نسخه .

(٢) **قوله** : وحاصله ما ذكرنا أقول : الذي تحصل من كلامه حمل النهي على بيع الكدس الا انه يقال قد تعارض تفسيراً جابر فان رجع الى الترجيح فما أخرجه الجماعة أرجح مما أخرجه واحد منهم ، وقد أخرجوا تفسيرها بالثلث ونحوه وان سلم حمل حديثه على بيع الكدس فقد ثبت النهي من رواية نافع وأبي هريرة بالثلث ونحوه كما أسلفناه آنفاً فالأولى في الجميع بين الأحاديث ما أشار اليه البخاري ، وأبانه في الفتح شرحه حيث قال فمن قال بالجواز حمل أحاديث النهي على التنزيه وعليه يدل حديث ابن عباس حيث قال ولكن أراد ان يرفق بعضهم ببعض ، قلت لطاووس لو تركت المخابرة فانهم يزعمون ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم «نهى عنها فقال ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عنها ، وقال لأن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ خراجاً معلوماً» ، ثم قال الحافظ من لم يجزأ جارتها بجزء مما يخرج منها قال : النهي عن كراها محمول على ما اذا شرط صاحب الارض ناحية منها أو شرط ما نبت على النهر لصاحب الارض لما في ذلك من الغرر والجهالة قلت : قد صرح بعض الفاظ حديث رافع بن خديج بذلك فأخرج البخاري عنه قال «كنا اكثر الانصار حقلاً فكنا نكري الارض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهينا عن ذلك» ، وفي لفظ له عنده كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الارض ، قال فربما يصاب ذلك ويسلم الارض وربما تصاب الارض ويسلم ذلك ، فنهينا عنه وفي رسالة لابن تيمية بعد ان ذكر =

هي في حكم المملوكة لليهود ولهذا يجوز لهم فيها كل تصرف قالوا لا واسطة[١] بين ملكهم إياها وعدمه وكل منها يُلْزِمكُم إشكالاً وتقدم في الخمس زيادة تحقيق على أنه[٢] لو صح تفسيرها بالثلث والربع ونحوهما لأمكن تأويله بأن المراد ثلث المعتاد من غلتها لا ثلث المستقبل وذلك يرجع الى المحاقلة التي منعها مجوز الثلث ونحوه .

وبالجملة مناط النهي هو حصول نوع من الرباء واستيفاء أحد المتعاوضين عوضه مع فوات عوض الآخر ولهذا وضع النبي صلى الله عليه وآله وسلم الجوائح وهذا لا يتحقق مع

= ان المزارعة جايزة وذكر من قال بها من الصحابة والتابعين قال والذي نهى عنه من المخابرة وكراء الارض قد جاء مفسراً بانهم كانوا يشترطون في الأرض بقعة معينة ، ومثل هذا الشرط باطل بالنص والاجماع ، وهو كما لو شرط في المضاربة لرب المال دراهم معينة فان هذا لا يجوز بالاتفاق لان المعاملة مبناها على العدل ، وهذه المعاملات من جنس المشاركات والمشاركات انما تكون اذ كان لأحد الشريكين جزء شائع كالثلث والنصف ، واذا جعل لاحدهما شيء مقدر لم يكن ذلك عدلاً بل ظلماً ، فظن طائفة من العلماء ان هذه المشاركات من باب الاجارة بعوض مجهول فقالوا القياس يقتضي تحريمها ، وأما جمهور السلف وفقهاء الامصار فقالوا هذه من باب الاجارة التي يقصد فيها العمل فان مقصود كل واحد منهما ما يحصل من التمر والزرع وهما متشاركان هذا ببدنه وهذا بماله كالمضاربة اهـ وصاحب المنار جنح الى ان النهي للتنزيه .

(١) **قوله** : قالوا لا واسطة ، أقول : فالجواب بأنها في حكم المملوكة باطل لانه ليس في الاعيان الا مملوك أو غير مملوك ، وليس شيء منها في حكم المملوكة ، فان قلتم انها مملوكة لهم لزمكم اشكال تأجيرها منهم فانه صلى الله عليه وآله وسلم لا يؤجر أحداً ما هو في ملك نفسه وان قلتم ليست مملوكة لليهود فقد ثبت انه صلى الله عليه وآله وسلم أجرهم اياها بجزء مما يخرج منها وأنتم تنفونه وهو أيضاً مشكل عليكم هذا تبرع من الشارع بالاستدلال والقيل والقال ، وأما في البحر فانه تأول حديث معاملته صلى الله عليه وآله وسلم أهل خيبر بأنه جعل نصف الغلة طعمة لهم لا أجرة أو أبقى أهل خيبر وأبقى لهم نصف الغلةنفقةأو من عليهم بأنفسهم والأرض وأخذ نصف الغلةجزيةاهـ قال في المنار وأما تأويلات المصنف فيكفي ذا الذوق معرفتها والروايات مصرحات بخلافها . وابن بهران قد ظهر له ركتها فقال ان النسخ أظهر ، قلت وهي دعوى بلا دليل كيف وقد زارع الصحابة الى آخر أيام معاوية ؟ قال ابن حزم أما الحق الواضح فانه أعطى أرض خيبر بنصف ما يخرج منها من زرع ، وأعطى نخلها وثمارها كذلك فنحن نقول هذه سنة وحق أبدا ويعلم انه ناسخ لما تقدمه ما لم يمكن الجمع بينهما بظاهرهما .

(٢) **قوله** : على انه لو صح ، أقول : أي تفسير المخابرة عن جابر ثم قد تقدم له صحته ، بل سلف له انه مرفوع .

الثلث ونحوه وإنما[١] يتحقق في المحاقلة على تفسيريها كليهما أعني بيع الزرع بكيل معلوم لعدم تحقق التساوي وكراء الأرض بالطعام لجواز الجائحة التي تذهب بها منفعة المكتري بالأصالة لأنها المقصود كما في البيع للثمار .

وبالجملة الحقل والخبر كلاهما يطلق على الزرع وعلى أرضه ، والمحاقلة والمخابرة مفاعلة منهما ، فهواء ما مجمل فلا ينتهض على معين أو محمول على المعنيين فيلزم[٢] تحريم المزارعة بالأصالة كما هو صريح حديث رافع بن خديج ولا مخلص إلا بما حققناه من الجمع ، ولأن المخابرة عقد في عين بنصيب من الربح فصحت كالمضاربة[٣] ﴿ **والزرع في** ﴾ المزارعة ﴿ **الفاسدة لرب البذر وعليه أجرة الأرض** ﴾ إن كان هو[٤] المستأجر ﴿ **أو** ﴾ أجرة ﴿ **العمل** ﴾ إن كان البذر من مالك الأرض[٥] إلا أنه إذا كان من المالك كان استهلاكاً لمنفعة الأرض كما لو حمل المالك على البهيمة المؤجرة فلا مزارعة وإن كان المراد أن العامل يصير أجيراً مشتركاً أو خاصاً فغير ما نحن فيه لأن المزارعة إكراء لبعض الأرض وقد بطل باستهلاك المالك منفعته ومن هنا تعلم أن لا اختصاص لهذا الحكم بالفاسدة لأن كون البذر من المالك رافع للمزارعة صحيحة كانت أو باطلة كما لو لم يفرغ الدار المكراة أو ظهر البهيمة ليضع المكتري متاعه في أحدهما ﴿و﴾ أما قوله إنه ﴿ **يجوز التراضي بما وقع به العقد** ﴾ فإن كان هو المتعارف فهو أجرة المثل ولا يستحق[٦] غيره وإن لم يكن هو المتعارض وجهل المتعارف فلا

---

(١) **قوله** : وانما يتحقق في المحاقلة على تفسيريها ، أقول : هذا كلام حسن في وجه النهى عن المحاقلة وقد فسرت المحاقلة بتأجير الارض بجزء من غلتها ، وعليه فهي كالمخابرة والنهي كالنهي واختلاف تفاسيرها يدل على انها لفظ مشترك .

(٢) **قوله** : فيلزم تحريم المزارعة بالاصالة ، أقول : لأنها صارت كالمحاقلة في معناها وقد ثبت النهي عن المحاقلة فيلزم ثبوته عن المزارعة فلك ان تقلب ذلك وتقول قد قام الدليل على جواز المخابرة فيلزم منه جواز ما كان بمعناها وهو المحاقلة ، وتأويل النهي ما سلف .

(٣) **قوله** : كالمضاربة ، أقول : هذا فيه المام بما أسلفناه عن ابن تيمية وهو جيد .

(٤) **قوله** : ان كان هو المستأجر ، أقول : أي أن كان الباذر فلو قال كذلك كان أولى اذ الكلام في الباذر وان كان كلامه صحيحاً كما قررناه .

(٥) **قوله** : الا انه اذا كان من المالك ، أقول : هذا كلام حسن وغفل عنه الاثمار والفتح .

(٦) **قوله** : ولا يستحق غيره ، أقول : أي غير أجرة المثل لأنها اجارة فاسدة الا ان الاجماع واستحقاق =

تراضي وإن علم فذلك من الصلح عما في الذمة ـ إذ لا وجه ـ لتقديمه هنا ﴿ **وبذر الطعام الغصب استهلاك** ﴾[1] له ﴿ **فيغرم** ﴾ الباذر به ﴿ **مثله** ﴾ للمالك ﴿ **ويملك غلته** ﴾ الحاصلة عنه سواء بذر به في أرضه أو أرض غيره وإن لزمت أجرة أرض الغير ولا حاجة إلى قوله ﴿ **يعشرها** ﴾ لأن العشر لازم للمالك ﴿ **ويطيب له الباقي** ﴾ خلافاً للناصر والمؤيد والشافعي محتجين بحديث ليس لعرق ظالم حق « سيأتي في الغصب إن شاء الله ، وبأنه إنما ملكه كالصوف ، قلنا ﴿ **كما لو غصب الأرض والبذر له** ﴾ فانه يملك الغلة وإن لزمته أجرة الأرض اتفاقاً قالوا لأن الغلة ليست بنماء للأرض .

وأقول : [2] لا يبعد قياسها على النطفة في تبعيتها للمحل النامية هي فيه فان كان البضع مملوكاً لصاحب النطفة استحق نماءها وإلا فالمستحق هو مالك البضع .

﴿ فصل ﴾

﴿ **والمغارسة الصحيحة أن يستأجر** ﴾ مالك الأرض ﴿ **من يغرس له** ﴾ فيها ﴿ **أشجاراً** ﴾ معلومة المقدار ﴿ **يملكها** ﴾ وإلا كانت لمالكها إن لم يجر بكونها من الأجير

= أجرة المثل انما هو عند الفساد ، ومسألة المصنف معنونة بالتراضي ، ومراد المصنف انه يصح التراضي جعل ما وقع عليه العقد الفاسد أجرة وان فساد العقد به لا يمنع ذلك .

(١) **قال** : استهلاك ، أقول : زاد في الاثمار غالباً قال في الوابل زاد غالباً للاحتراز من صورتين احداهما ان يبذر الغاصب البذر الغصب ثم يسقيه المطر الثانية ان يبذر له شخص ويسقيه آخر فان البذر بينهما سواء ذكره الفقيه ع واختاره المؤلف وقيل بل يملكه الساقي ، قلت وهذا مبني على ان الاستهلاك يملك به العين المغصوبة ويأتي ان المختار خلافه .

(٢) **قوله** : وأقول : لا يبعد قياسها الخ ، أقول : بل يبعد غاية البعد لوجود الفارق فان واضع النطفة ليس عليه مشقة ولا نفقة في وضعها بخلاف الباذر في أرض غيره فان له نفقة وعملاً فلذا حكم الشارع له بالنفقة على مالك الارض وأي حاجة للقياس مع ثبوت النص الآتي في الغصب .

(٣) **قوله** : كما علم عند أرباب الاستدلال أقول : فالمفهومان من الحديثين معمول بهما وان من أذن لغيره ان يزرع في أرضه باجارة منه أو هبة ملك الزرع أو بعضه وخرج عن كونه ظالماً بأذن مالك الأرض له بالبذر فيها فتأمل .

عرف وإلا كانت مما خصه الاجماع كما سيأتي ، وتكون[1] المغارسة بيعاً وإجارة فيكفي الاسعاد في الضمني ولا يفسد ﴿ ويصلح ﴾ بالعمل ﴿و﴾ هو أن ﴿ يحفر ﴾ ويسقي ﴿ مدة بأجرة ولو ﴾ كانت الأجرة ﴿ من الأرض أو الشجر والثمر الصالح ﴾ لأن غير الصالح لا يصح بيعه كما تقدم فلا يكون أجرة ولأن الأجرة لو جعلت من الثمر المستقبل لكانت مخابرة وقد تقدم حكمها ، ولا بد أن تكون مقادير الحفر والسقي والمدة ﴿ معلومات وإلا ﴾ يملك رب الأرض الأشجار أو لا يبين مقادير الحفر والسقي والمدة ﴿ ففاسدة وإن اختلف الحكم ﴾ المتفرع عن الفساد فان الأشجار إذا كانت من ملك الغارس كانت له لكن لا مغارسة حَ رأساً فضلاً عن كونها فاسدة إذ لا منفعة لرب الأرض والاجارة إنما تكون على منفعة كما عرفت ، وقد نبهناك على نظيره في المزارعة حيث يكون البذر من رب الأرض ، وأما إذا فسدت بجهالة مقدار المذكورات فكونها إجارة فاسدة ظاهر للجهالة ﴿ وكذلك ﴾ أي وكحكم المغارسة ﴿ ما أشبهها ﴾ من المعامرة للدور فاذا استأجر مالك العرصة من يبني له داراً كان عليه الحجارة والخشب ووجب تعيين مقدار الدار طولاً وعرضاً ومقدار مدة العمل ومقدار الأجرة ولو قدم المصنف قوله ﴿ إلا ما خصه الاجماع ﴾ عقيب قوله يملكها لكان هو الصواب لأنه إنما احترز به عن عدم اشتراط كون الأعيان من غير الأجير فيما جرت العادة بصحة الاجارة فيه مع كون الأعيان من الأجير نحو المداد من الناسخ والخيوط من الخياط والصبغ من الصباغ ونحو ذلك مما يتسامح به عرفاً ﴿ وما وضع ﴾ في أرض ليست ملك الواضع ولا ملك مالك الموضوع وكان ذلك الوضع ﴿ تعد ﴾ من الواضع سواء كان ذلك الموضوع ﴿ من غرس أو غيره ﴾ من زرع وبناء ولا حاجة الى قوله ﴿ ثم تنوسخ ﴾ ذلك الموضوع بأن باعه مالكه أو وقفه أو نحو ذلك لأنه لو وضع متاع غيره على ملك غيره بأمر مالك المتاع فلا تناسخ جاء الخلاف ﴿ فأجرته ﴾ أي أجرة بقاء ذلك الموضوع ﴿ وإعناته ﴾ أي ضمان ما أفسده ذلك الموضوع

فصل والمغارسة

(١) **قوله** : وتكون المغارسة بيعاً واجارة ، أقول : يعني فيما اذا كانت الاشجار يملكها الغارس لا في مطلق المغارسة كما ربما يفهم من كلام الشارح ، قال في شرح الاثمار اذا استأجر رب الارض الغارس على غرس الاشجار يملكها الغارس في أرض المستأجر على ان تكون الارض والشجر بينهما فهذه الصور تصح وتكون بيعاً واجارة ، وقال ان ذلك يتضمن البيع فكأنه باع من الغارس نصف الارض بنصف الغرس وبأجرة عمله في هذا النصف ، قال وقد فهم ذلك مما تقدم في البيع من أنه يكفي في الضمني اسعاد .

﴿ **على المواضع لا على المالك** ﴾ **للموضع** ﴿ **في الأصح** ﴾ وقال المؤيد بل على مالك الموضوع حتى يزول الملك إلى آخر فينتقل الضمان الى الآخر ، لنا أن الموضوع آلة للوضع كما لو جنى بسيف غيره وكأن المؤيد بالله لما حكم بأن بذر الطعام الغصب ليس باستهلاك كما أن الغرس ليس باستهلاك باتفاق وقد تقرر أن غنم البذر والغرس لمالكهما حكم بأن من له الغرس فعليه الغرم ، قلنا قياس بعيد للفرق بأن الغنم جزء من الملك لأن فرع الشيء جزء منه ومنفعل عنه ، ولا كذلك الاعنات فانه منفعل عن الواضع لا عن الموضوع كما في جناية بسيف الغير ، وربما يفرق بأن عيب الجناية إنما هو بالدفع الحاصل من الفاعل لا بالآلة بخلاف عنت البقاء وشغل الحيز فانه بالجسم الموضوع فيه لانقطاع تأثير الواضع له ﴿ **وإذا انفسخت** ﴾ المغارسة ﴿ **الفاسدة** ﴾ وكان فسادها بكون الغرس ملكاً للغارس ﴿ **فلذي الغرس الخياران** ﴾ تركه لمالك الأرض بقيمته غير مستحق للبقاء وقلعه مع أرش نقصانه بالقلع وهو ما بين قيمته مقلوعاً وغير مقلوع لا يستحق البقاء ﴿**و**﴾ الزارع إذا كان البذر منه فان له ﴿ **في الزرع** ﴾ الخيارات ﴿ **الثلاثة** ﴾ المذكوران في الغرس وثالث هو تبقيته في الأرض الى الحصاد بأجرة المثل ومثله ثمر الغرس أيضاً .

﴿ فصل ﴾

﴿ **والمساقاة** [1] **الصحيحة أن يستأجر لاصلاح الغرس كما مر** ﴾ في شروط المغارسة لا فرق ، إلا بأن العمل هنا بعد أن غرس المالك وهناك الغرس دخل في عمل الاجارة

---

(١) **فصل والمساقاة** . أقول : هي داخلة في المزارعة بل أقتصر صاحب نهاية المجتهد على التبويب للمساقاة وأدلتها هي أدلة المزارعة في أرض خيبر وفي لفظ للبخاري ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الارض ومن خالف هنالك خالف هنا وقد أطال صاحب النهاية في ذكر شرايطها وأركانها بما لا يوجد في غيره من كتب الفروع فائدة أهمل المصنف ذكر الجعالة تصريحاً ، قال ابن بهران الجعالة عند أهل المذهب اجارة فاسدة تلزم فيها أجرة المثل بتمام العمل لا المسمى وصححها الشافعية ووافقهم الامام يحيى وهي مثلثة الجيم والجعل بضم الجيم هو ما يجعل للصغير على شيء يفعله ، قالوا والجعالة شرعاً التزام عوض معلوم لمعين أو غير معين على عمل مشروط ، والاصل فيها حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه في الصحيحين وغيرهما في رقية اللديغ على قطيع من الغنم وفيه «ما انا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً» الحديث وأستدل لها بقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير) فانه من شرع من قبلنا ، وقد قرره شرعنا بالحديث المذكور وصورتها ان يقول القايل لشخص اذا رددت علي عبدي الآبق فلك كذا ، أو يقول من يرده فله كذا ، وانما تصح الجعالة في عمل يصعب ضبطه ولا يصح =

﴿و﴾ إذا وقع الاختلاف في المزارعة والمغارسة والمساقاه كان ﴿ **القـول لرب الأرض في القدر المؤجر** ﴾ أي الذي جعل أجرة ﴿**و**﴾ في ﴿ **نفي الأذن** ﴾ بالعمل أيضاً فيبين الأجير انه استأجره ﴿**و**﴾ القول ﴿ **لذي اليد عليها** ﴾ أي على الأرض وما فيها اذا وقع الاختلاف ﴿**في**﴾ مالكِ ﴿ **البذر** ﴾ إلا أن دعوى الأجير لملك الغرس ودعوى المستأجـر لملك البـذر يتضمنان دعوى الفساد وقد تقدم أن البينة على مدعي الفساد .

= عقد الاجارة عليه كرد الآبق لأن مسافة رده مدة مجهولة في الأغلب واغتفرت الجعالة فيها للحاجة ، وما يصح عقد الاجارة عليه كالغناء والخياطة ففي صحة الجعالة عليه وجهان انتهى ببعض تصرف في لفظه والا ظهر ما ذهب اليه الامام يحيى .

بـــاب
الاحياء والتحجر

﴿ فصـل والاحياء ﴾

يثبت ﴿ للمسلم فقط ﴾ لحديث أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « عادي[١] الأرض وفي رواية موتان[٢] الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني » الشافعي والبيهقي عن ابن طاووس مرسلاً والبيهقي موصولاً من حديث ابن عباس تفرد بوصله معاوية بن هشام وأنكر عليه لكنه ثقة من رجال مسلم ، ووجه دلالته على اختصاص المسلم أن المخاطبين في « ثم هي لكم » هم المسلمون ، وفيه نظر لأنه استدلال بمفهوم الاسم ومختار الأكثر عدم كونه دليلاً وأما زيادة « أنها[٣] المسلمون » في آخره فمدرجة اوردها البغوي في التهذيب والجويني في النهاية وتبعهما غيرهما على إنها لو صحت لما دلت على الاختصاص إلا بمفهوم الاسم لأن المسلم انسلخ عن الوصفية الى الاسمية واستدل ابن حبان على المدعي بحديث جابر « أحيا أرضاً ميتة » فله بها أجر وما أكلت العوافي[٤] منها فهو له صدقة » لأن[٥] الأجر وقبول الصدقة من خواص المسلم والحديث عند أحمد والنسائي وابن حبان ، وإنما يثبت للمسلم ﴿ **الاستقلال باحياء**

«باب الاحياء والتحجر» :

(١) **قوله** : عادي الأرض ، أقول : في التلخيص هو بتشديد المثناة يعني القديم الذي من عهد عاد وهلم جرا وموتان بفتح الميم والواو قال ابن بري وغيره وغلط من قال فيه موتان بالضم .

(٢) **قوله** : موتان الأرض ، أقول : قال الفراء الموات الارض التي لم تعمر شبهت العمارة بالحياة وتعطيلها بفقد الحياة واحياء الموات ان يعمد الشخص لأرض لا تعلم ملكية عليها لأحد فيحييها بالزرع والسقي أو الغرس أو البناء فتصير بذلك ملكه سواء كانت مما قرب من العمران أو بعد .

(٣) **قوله** : أيها المسلمون ، أقول : استدل بها الرافعي على اختصاص الاحياء بالمسلمين .

(٤) **قوله** : العوافي هو بالمهملة والفاء جمع عاف هو طلاب الرزق قاله في التلخيص وفي حواشيه من الطير والوحش .

(٥) **قوله** : لان الأجرة وقبول الصدقة من خواص المسلمين ، أقول : في فتح الباري انه تعقب هذا الاستدلال المحب الطبري بأن الكافر اذا تصدق يثاب عليه في الدنيا كما ورد به الحديث فيحتمل الأجر في حقه على ثواب الدنيا ، وفي حق المسلم على ما هو أعم من ذلك ، وما قاله محتمل الا ان الذي قاله ابن حبان أشبه بظاهر الحديث وما يتبادر الى الفهم عند اطلاق الأجر الا الأجر الاخروي اهـ . وقد لخصه في التلخيص .

أرض ﴾ ، ميتة ، وقال في المنتخب وأبو طالب ومالك[١] وأبو حنيفة لا يستقل وإنما يثبت له ذلك باذن الأمام ، لنا إطلاق حديث « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » أبو داود والترمذي من حديث جابر مرفوعاً ، وقال الترمذي حسن صحيح وأخرجاه من حديث سعيد بن زيد أيضاً ، وأخرج البخاري من حديث عائشة « من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » ، قالوا حديث «« موتان الأرض لله ولرسوله » ، قلنا « ثم هي لكم مني » إطلاق لها على الأمة فلا حاجة[٢] بعد ذلك إلى إذن الأمام ، لكن إنما يملكها المحيي إن ﴿ **لم يملكها ولا تحجرها مسلم** ﴾ ومفهوم حديث من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو له « أبو داود من حديث أسمر بن مضرس وصححه الضياء المقدسي في الأحاديث المختارة وله شاهد عند البيهقي من حديث كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف بلفظ « من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم » وفي حديث عايشة المتقدم من عمر أرضاً ليست لأحد » وأما قوله ﴿ **ولا ذمي** ﴾ فانما هو[٣] عطف على فاعل يملكها لا على فاعل تحجرها لأن باب التحجر مختص بالمسلم كما علمت ﴿**و**﴾ أما زيادة الشرط إن ﴿**لا**﴾ يكون قد ﴿ **تعلق بها حق** ﴾ فتكرير لأن تعلق الحق إنما يكون بملك أو تحجر وما احترز به عنه من بطن الوادي الأعظم ومرافق القرية كمحتطبها ومرعاها وناديها والمقابر فلا يخلو من ملك أو تحجر أما في المقابر فظاهر ، وأما في بطن الوادي ومرافق القرية فتحجرهما تابع لملك ما جاوراه وكحريم العين كما سيأتي ولا مانع من تبعية شيء لشيء في حكمه كما في مكمل الواجب والحرام وإن لم يحصل فيه سبب حكم المتبوع ثم الخصوصية معتبرة كما في القسامة إذا تعدد المتبوع ﴿**و**﴾ يجوز الاحياء ﴿ **بأذن الامام فيما لم يتعين ذو**

---

(١) **قوله** : ومالك وأبو حنيفة ، أقول : في فتح الباري ان أبا حنيفة يقول لا بد من اذن الامام مطلقاً ومالكاً يقول بذلك فيما قرب وضابط القرب ما لأهل القرية به حاجة من رعى ونحوه واحتج الطحاوي للجمهور مع النص المذكور بالقياس على ماء البحر والبئر وما يصاد من طير وحيوان فانهم اتفقوا على ان من أخذه أوصاده صار ملكه قرب أو بعد سواء أذن الامام أو لم يأذن .

(٢) **قوله** : فلا حاجة بعد ذلك الى اذن الأمام ، أقول أي بعد قوله صلى الله عليه وآله وسلم فهي لكم فانه اذن منه صلى الله عليه وآله وسلم وهو امام الأيمة وشفيع الامة فالاذن منه اذن عن الله تعالى فهو نافذ الى يوم القيامة، وقد خالف أبا حنيفة محمد وأبو يوسف وقالا لا حاجة الى اذن الامام وهو الحق .

(٣) **قوله** : فانما هو عطف على فاعل تملكها ، أقول : هذا حسن في توجيه العبارة وقد عدل في الاثمار لهذا الايهام فقال يجوز للمسلم في موات لم يتعلق به حق المسلم فسلم من الايهام والتكرار .

الحق فيه ﴾ أما اذا جهل المالك فواضح لصيرورته للمصالح ، وأما اذا لم ينحصر فبطون الأودية العظمى فيما انصرف السيل عن المرور فيه إلى مباح عادت عليه الاباحة الأصلية وإلا فالحق باقٍ فيه حكمه حكم ما لم ينصرف السيل عنه ولا يجوز للامام الاذن باحيائه إلا لمن فيه مصلحة عامة حاصلة لفعل كالمفتي والحاكم أو بالقوة كالعالم والمتعلم ﴿ **وألا** ﴾ يكن ذو الحق غير معين بل معين ﴿ **فالمعين** ﴾ هو الذي له إحياؤه والاذن باحيائه لا غيره كالمسيل المختص به منحصرون ومحتطب القرية ومرعاها ، واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو تحجر رجل أرضاً ولم يحيها حتى مضى عليها ثلاث سنين فان لغيره أن يحييها باذن الامام فقط لأن تحجرها[1] بلا

---

(١) **قوله** : لأن تحجرها بلا احياء من الحمى ، أقول : قوله صلى الله عليه وآله وسلم «لا حمى الا لله ولرسوله» في فتح الباري . قال الشافعي يحتمل شيئين أحدهما أنه ليس لا حد ان يحمى الا ما حماه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، والثاني الا بمثل ما حماه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فمعنى الأول ليس لأحد من الولاة ان يحمي ، وعلى الثاني يختص الحمى بمن قام مقام رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهو الخليفة ، والاول أقرب الى ظاهر لفظ الحديث الا انه رجح الثاني لما ثبت انه حمى عمر بعده صلى الله عليه وآله وسلم ، كما أخرجه البخاري في أواخر الجهاد ، وأصل الحمى عند العرب ان الرئيس منهم كان اذا نزل منزلاً مخصباً استعوى كلباً على مكان عال فالى حيث أنتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرعاه غيره ويرعى هو مع غيره في ما سواه ، والحمى هو المكان المحمي وهو خلاف المباح والارجح عند الشافعية ان الحمى يختص بالخليفة ومنهم من الحق به ولاة الاقاليم ومحل الجواز مطلقاً ان لا يضر بكافة المسلمين ا . هـ . وفي الاثمار انه لا يجوز الحمى الا للامام قال وهو المذهب والمراد أن للامام أن يمنع موضعاً مواتا فلا يرعاه أحد ولا يحتشه ولا يجوز للامام ان يحمي لنفسه بل لنعم بيت المال وخيل المجاهدين كما في البحر للمذهب والفريقين ومالك وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم حمى النقيع بالنون أوله وهو على عشرين فرسخا من المدينة وقدره قيل ثمانية أميال وحمى عمر الربذة والسرف وفي كلامه لما بعث مولاه هنياً قال «يا هنى أضمم جناحك على المسلمين وأتق دعوة المظلوم فان دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة ورب الغنيمة» قلت في النهاية الصريمة تصغير الصرمة وهي القطيع من الابل والغنم ، قيل هي من العشرين الى الثلاثين والاربعين ، ومراد عمر الابل والغنم القليلة واياك ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فانهما ان تهلك ماشيتهما يرجعان الى نخل وزرع ورب الصريمة والغنيمة ان تهلك ماشيتهما يأتني ببنيه يقول يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا لا أبالك فالماء والكلاء أيسر عليَّ من الذهب والورق وأيم الله انهم ليروني قد ظلمتهم انها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شيئاً رواه البخاري ، وانما استوفيناه لما فيه من حسن الوصية والشفقة على المسلمين ومعرفة أحوال الناس وهكذا فليكن من تحمل بأمور المسلمين ، وانما تعرضنا للحمى وتحقيقه لانه أشار اليه =

إحياء من الحمى وقد أخرج البخاري وأبو داود والنسائي من حديث الصعب ابن جثّامة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « لا حمى ، إلا لله ولرسوله » إلا أنه ينبغي أن يعرض الامام على الأول إحياءها كما في عرض الاسلام على أحد الزوجين كما تقدم فان فعل فهو أحق باحيائها و إن تمرد أذن الامام لغيره باحيائها .

إلا أن في ذلك بحثاً هو أن مضي الثلاث السنين إن لم تسقط حق المتحجر لم يكن للامام الأذن لغيره و إن أسقطه فلا حاجة إلى الاحتراز بصورة غالباً عن ذلك ويشهد لذلك ما أخرج رزين من حديث سعيد بن زيد أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « من أحيا أرضاً قد عجز عنها صاحبها وتركها بمهلكة فهي له » .

= الشارح وأهمله المصنف ولنضف الى ذلك فائدة ونقول يجوز للامام اقطاع الارض من الموات وبوب عليه البخاري فقال في باب القطائع قال ابن حجر في الفتح المراد ما يخص به الامام بعض الرعية من الارض الموات فيختص به ويصير أولى باحيائه ممن له سبق الى احيائه ، وفي شرح الاثمار انه يجوز للامام اقطاع أرض حية لبيت المال رقبة ومنفعة وموات ، ولا يجوز عند اهل المذهب اقطاع العيون والانهار لرجوعه صلى الله عليه وآله وسلم عن اقطاع ابيض بن حمال الملح بمأرب لما قيل له انما يقطعه الماء العد ولا ملح لاهل اليمن سواه فقال فلا اذن . والعد بكسر العين وتشديد الدال المهملتين الماء الكثير الذي لا ينقطع شبه الملح المذكور به قلت وقد توهم من لا رشد له ان اقطاع النبي صلى الله عليه وآله وسلم لمن ذكر من جنس هذه الاقطاعات التي يفعلها الملوك لمن يخافون شره ، ولم يعلم انه صلى الله عليه وآله وسلم انما أقطع الموات أو ما هو غير مملوك لأحد من الارض الحية كما أقطع الزبير من أموال بني التضير حضر فرسه وحيث بلغ سوطه وأما هذا الذي يفعله الملوك فهو لون آخر وخارج عن القانون الشرعي بالكلية وذكر هذا مع وضوحه لانه لما طال الامد سمعت من يستدل لهذه الاقطاعات الملوكية حقه الملكية باقطاعه صلى الله عليه وآله وسلم للماء العد للزبير ، وهذه الاقطاعات اكثر ما عرفت في اليمن من سنة عشر ومائة والف للقبائل القبلية ، ثم لبيت الامام القاسم اذا خاف الخليفة شر احد منهم فانا لله وانا اليه راجعون فانه عم البلاء وطم ، ومعنى الاقطاع في اليمن ان يجعل زكاة قرية أو قرى لرجل من الكبراء يأكلها ويتوسع بها في العمائر المحظورة والأمور المنكورة ويظلم من تحت يده من اهل القطعة وغالب هذه الاقطاع في اليمن لها شميين أغنياء وقد سلفت اشارة الى هذا في الحاشية في كتاب الزكاة وهو آخر التنبيه على الضروريات من الشرعيات لانه طال الأمد ونسيت الشرائع فالله المستعان ، وليتهم أخذوا ما هو زكاة شرعاً بل يأخذون ما هو محرم قطعاً كما يعرف ذلك كل ذي أذنين ويراه كل ذي عينين .

﴿ فصـل ﴾

والاحياء ﴿ يكون بالحرث والزرع ﴾ الصواب[١] هو العطف بحرف التخيير لأن الحرث وحده مستقل بالاحياء وحرف الجمع ظاهر في أن المراد أن يكون مع الحرث الزرع ﴿ أو الغرس أو امتداد الكرم ﴾ كما ذهب اليه أبناء الهادي والمؤيد والمزنى ، وزفر وهو الذي يشهد له حديث « ما أكلت العوافي منها قوله صدقة » ، تقدم آنفاً ، ولو حذف الحرث لكان أولى لأن الحرث لازم ، وأما قول المصنف أنه إذا جرى العرف بأن مجرد الحرث إحياء كفى في ثبوت الملك فان أراد بالعرف غير[٢] المفهوم من اللفظ فوهم لأن ذلك إنما يعتبر في الايمان ونحوها لأن قرينة على المراد من اللفظ وإن أراد عرف اللغة الذي هو مذلول اللفظ فانما حياة الأرض لغة نموها بالنبات وإحياؤ ها بسقيها بالماء كما قال تعالى (وآية لهم الأرض الميتة احييناها وأخرجنا منها حباً فمنه يأكلون) ومنه قولهم أرض جماد أي لا نبات فيها ، وأما قولهم إنه يجوز التخصيص والتقييد بالعادة فمرادهم تقييد كلام المتكلم وتخصيصه بعادته لا عادة من سيأتي بعده .

نعم يصلح الحرث بمجرده سبباً للتحجر ، وأما[٣] التخيير في إثبات الملك بين إحياء الأرض بالنبات ﴿ أو إزالة الخَمَرِ ﴾ وهي الشجر منها[٤] ﴿ والتنقية ﴾ لها ﴿ أو اتخاذ

فصل ويكون بالحرث

(١) **قوله** : الصواب هو العطف بحرف التخيير لأن الحرث وحده مستقل بالاحياء أقول : هذا التصويب صحيح ليطابق الازهار المذهب ففي البحر للمذهب ان التنقية وتبييض الأرض وإصلاح سواقيها يستحق به الملك اذ هو احياء ثم ذكر انه لا يشترط في الاحياء الزرع واختاره وعلله بان الاحياء صلاحها للزرع ثم ذكر خلاف ابنى الهادي ومن معهما في اشتراط الزرع ورده وعبارة الأثمار بلفظ او مطابقة للمذهب ، والشارح اختار مذهب ابني الهادي ، فعبارة الازهار مطابقة لما يختاره واحتج بحديث العوافي يريد ولا يأكل الا من زرع ونحوه . ولله جزيل الحمد والمن

(٢) **قوله** : غير المفهوم من اللفظ أي من لفظ الاحياء الذي به ورد الدليل من قوله «من احياء أرضاً» وكلام الشارح قويم اذ المعتبر في ألفاظ الشارع لغته وعرفه .

(٣) **قوله** : وأما التخيير ، أقول : لم يأت جواب لأما .

(٤) **قوله** : وهو الشجر ، أقول : الخمر بفتح الخا والميم ما واراك من شجر ونحوه كما في القاموس والمراد هنا الشجر .

حائط ﴾ عليها يمنع الداخل والخارج إلا بمشقة لأن ذلك مفهوم الحائط لغة إذ هو الجدار الصائن لما أحاط بها ﴿ **أو خندق قعير** ﴾ أي له قعر يقوم مقام الحائط ﴿ **أو مسنى** ﴾[١] وهو ما نصب من التراث ﴿ **للغدير** ﴾ ليضم ماءه ﴿ **من ثلاث جهات** ﴾ وإن بقيت الرابعة لدخول الماء والمواشي كما في البرك المتخذة في نواحي الجبال والتنقية شبيهة بالحرث وفيه الخلاف .

وأما **اتخاذ الحائط فادعى المصنف الأجماع** على ثبوت الملك به لحديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال من أحاط حائطاً على أرض فهي له « أحمد وأبو داود والبيهقي من حديث سمرة والطبراني والبيهقي كذلك إلا أنهما أخرجاه من طريق الحسن وفي سماعه من سمرة خلاف ورواه عبد بن حميد من حديث جابر أيضاً ، وأما الخندق القعير فقياس على الحائط ومنع الفقهاء وغيرهم من ثبوت الملك به ولا محيص لمن أثبت القياس عن إثبات الملك به لظهور الاشتراك في الجامع وهو منع الداخل والخارج بغير مشقة ، وأما المسنى فمنع الامام يحيى وغيره ثبوت الملك به والحق حصول الاحياء به لأن الماء حياة مجازية فهو كالزرع ولاشتراكهما في كونهما متاعاً ﴿و﴾ يكون الاحياء ﴿ **بحفر في معدن أو غيره** ﴾ كالبئر ، وقال الامام يحيى لا بد من أن ينتهي الحفر الى الماء أو يطوي البئر ويعتبر في الاحياء قصد الفعل لا = صح أنه معتبر معه قصد ﴿ **التملك** ﴾ إلا أن المصنف قال لو أراد باتخاذ الحائط كون المحاط عليه جرناً أو للغنم لم يكن ذلك موجباً للملك حتى يمنع الداخل والخارج بخلاف أساس البيت ولا فرق فينظر فيه ﴿و﴾ إذا حصل الاحياء بأحد هذه الأفعال وكل على أصله فانه ﴿ **يثبت به** ﴾ للفاعل ﴿**الملك**﴾ وان عطله من بعد أما إذا لم يتغير فعله فاتفاق ﴿و﴾ أما إذا تغير وعاد كما كان قبل الاحياء فكذا ﴿ **لا يبطل بعوده كما كان** ﴾ إلا أنه ينافي ذلك ما أخرجه رزين من حديث سعيد بن زيد كما تقدم ويشهد له حديث عادي الأرض لأنه عند العرب كناية عن متقادم العهد لأن المراد به ما كان من عاد بخصوصها .

قال المصنف أما إذا رغب عنه كان كمن سيّب الدابة ﴿و﴾ الاحياء ﴿ **لا يصح فيه وفي نحوه** ﴾ من المباحات الأصلية كالصيد والحطب والحشيش والماء ﴿ **الاستئجار** ﴾ لحوزها ﴿و﴾ لا ﴿ **الاشتراك** ﴾ أي عقد الشركة فيما حازه كل واحد منهما ﴿و﴾ لا ﴿ **التوكيل بل يملكه الفاعل في الأصح** ﴾ وقال المؤيد ومالك بل يصح ذلك كله لنا أن

---

(١) قال : أو مسنى ، أقول : في القاموس المسناة العريم . فالظاهر الاتيان بالهاء وقد أتى بها في البحر فقال المسناة .

التوكيل إنما يكون وفي النسخة يصح فيما يختص به الموكل دون غيره ورد بأنه مصادرة بل الاستئجار والتوكيل طلب منفعة من الأجير والوكيل غير محصورة على الموكل .

﴿ **فصل والتحجر** ﴾ يثبت للمسلم فقط كما في الاحياء وإنما يكون ﴿ **بضرب الأعلام** ﴾ المشعرة بالتحجر ﴿ **في الجوانب** ﴾ من المتحجر وهو ﴿ **يثبت به** ﴾ للفاعل ﴿ **الحق لا الملك** ﴾ **(اعلم)** ان الحق في اصل اللغة مصدر بمعنى الاستقرار يؤكد به نسبة شيء الى شيء ، تقول زيد قائم حقاً أي استقراراً لا يختلف فيه ثم نقل الى المستقر نفسه فقيل عند فلان لي حق اي شيء مستقر ثبوته ، واما الملك فهو في الأصل حَوْزُ الشيء والاستيلاء عليه ، ثم تقيد الحوز بكونه على وجه اعتبره الشرع وربما عبّر به عن المحوز مجازاً فقيل الفرس ملك زيد أي محوزة بوجه الشرع ، فعرفت ان الملك أخص من الحق إذ كل ما حيز بوجه الشرع فقد استحق وليس كلما استحق فقد ملك كما في المبيع قبل التسليم ، والشفعة بعد طلبها ، اذا عرفت هذا فقد جعلوا التحجر كعقد البيع والاحياء كقبض المبيع ﴿ **فيبيح** ﴾ المتحجر ما تحجره ﴿ **أو يهب** ﴾ لكن ﴿ **لا بعوض** ﴾ وإلا كان بيعاً ، وقد عرفت ان بيع المستحق قبل قبضه لا يصح إلا أن في ذلك بحثاً وهو ان امتناع بيع غير المقبوض منقوض بصحة[1] التصرف في المهر المعين قبل قبضه وقد تقدم الاعتذار عن ذلك وما عليه ﴿ **وله منعه وما حاز** ﴾ من شجر او كلأ او غيرهما إلا أن في الكلام ما سيأتي ﴿ **ولا يبطل** ﴾ التحجر ﴿ **قبل مضي ثلاث سنين** ﴾ من التحجر الى الاحياء ﴿ **إلا بابطاله** ﴾ لحقه الثابت بالحجر ﴿ **ولا** ﴾ يبطل حقه ﴿ **بعدها** ﴾ أيضاً ﴿ **إلا به** ﴾ أي بابطاله لحق نفسه ﴿ **أو بابطال الامام** ﴾ لما يروى[2] عن عمر انه أبطل حق المتحجر بعدها وأنه روى له عن النبي صلّى الله

فصل والتحجر بضرب الاعلام

(١) **قوله** : بصحة التصرف في المهر قبل قبضه ، اقول الكلام والدليل انما هو في العين المشتراة وانه لا يتصرف فيها قبل القبض كما تقدم، وأما المهر فليس عيناً مبيعة ، إنما هو كالأجرة يتصرف فيها قبل القبض ، نعم تقدم في الأزهار استثناء المهر من تحريم بيع المعدوم وانه يجوز بيعه وان كان معدوماً وهي غير ما هنا ، نعم لو كان المهر عيناً معينة كأن يمهرها عبداً جاز التصرف فيه قبل قبضه فان الأصل انه إذا ملك الانسان جاز له فيه كل التصرف وإن لم يقبضه ، لأن هذا شأن الملك وورد النص في تحريم التصرف في العين المشتراة قبل قبضها فهذا حكم خاص بالعين المملوكة بالشراء انها لا تباع قبل قبضها فالتعميم لكل تصرف في كل عين ملكت غير صحيح .

(٢) **قوله** : لما يروى عن عمر انه الخ ، اقول : اخرج البيهقي من حديث عمرو بن شعيب ان عمر جعل

عليه وآله وسلم أن حق المتحجر لا يبطل الى ثلاث سنين ولعدم صحة ذلك عن النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم قال الامام يحيى والاسفرانيني بل شهر إذ هو أقل ما قيل وكل الأقوال قول بانقطاع الحق بمجرد الغفلة عنه وذلك مخالف[١] لقياس الحقوق ولا يصح[٢] القياس عليه لو صح فضلاً عن القياس عليه مع عدم صحته فالحق[٣] ان مباح الأصل لا ينتقل عن الاباحة العامة إلا بمبادىء[٤] الاحياء متصلة به وإلا كان من حماية المباح ، وقد تقدم حديث لا حمى إلا لله ولرسوله واما حديث أبي هريرة مرفوعاً عن مسلم أن النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم قال « إذا قام أحدكم عن مجلسه فهو احق به إذا عاد إليه » فالوقوف فيه كوضع الزرع وقبض الصيد لا مجرد تحجر فلا يبطل إلا بالاضراب عنه وتسبيبه كما تقدم ، ثم لا حاجة الى قوله ﴿ **ولا** ﴾ يبطل التحجر بان يأتي رجل آخر الى ما تحجره غيره فيقوم ﴿ **باحيائه غصباً** ﴾ على المتحجر لما علم ان الغصب اذا ثبت لم يثبت به انقطاع حق المغصوب عليه ﴿ **قيل و** ﴾ إذا فعل الغاصب فان ﴿**الكراء لبيت المال**﴾ لأن الكراء ثمرة الملك ولا ملك للمتحجر بمجرد التحجر ولا للغاصب اذ ليس لعرق ظالم حق ، واشار المصنف بلفظ القيل الى ضعفه ، لأن استحقاق بيت المال للكراء فرع ملكه ايضاً ، والمباح غير مملوك لأحد ، والحق انه للغاصب لأن فعله لا يكون غصباً لعين لأنها لم تدخل في ملك المتحجر ولا لمنفعة لأن ملك المنفعة فرع ملك العين والسر فيه ما أشرنا إليه من أن التحجر من الحمى لا يثبت به حق إلا مقترناً بمبادىء

= التحجر ثلاث سنين فان تركها حتى مضى ثلاث سنين فأحياها غيره فهو أحق بها ولم اجد انه روى فيه عنه صلىّ الله عليه وآله وسلّم حديثاً بل الظاهر انه رأي لعمر.

(١) **قوله** : مخالف لقياس الحقوق ، أقول : فانها لا تبطل بمجرد غفلة ذي الحق عنها .

(٢) **قوله** : ولا يصح القياس عليه ، أقول : ليس هنا قياس بل استدلوا بالنص ويكفي في رده عدم ثبوته .

(٣) **قوله** : فالحق ان مباح الأصل الخ ، أقول : وهذا هو الذي أخرجه البيهقي في السنن عن سالم عن ابيه قال كان الناس يتحجرون على عهد عمر فقال من أحيا ارضاً فهي له زاد مالك مواتاً ، قال يحيى كأنه لم يجعلها له بالتحجر حتى يحييها.

قوله : فالحق اقول هذا جوابه يبطل التحجر بالكلية الا فيما فيه حق عام لكل احد كالمسجد والسوق فمن سبق اليه فهو اولى به كما مضى تحقيقه .

(٤) **قوله** : الا مقترناً بمبادىء الاحياء ، أقول : فلا غاصب ولا مغصوب ، فالحق ان ما تحصله الأرض المحياة يكون ملكاً لمن زرعه .

الاحياء ﴿ **والشجر**[١] ﴾ ، الثابت[٢] بنفسه ﴿ **فيه** ﴾ أي في الموضع المتحجر ﴿ **وفي غيره** ﴾ المذهب فيه قول أبي طالب وأبي العباس وأبي حنيفة انه ﴿ **كلأ** ﴾ في كل محل ينبت بنفسه ﴿ **ولو** ﴾ كان ذلك المحل ﴿ **مسبلاً** ﴾ او ملكاً[٣] ايضاً ﴿ **وقيل** ﴾ قائله المؤيد والامام يحيى والشافعي ان النابت لنفسه يتبع المنبت فهو ﴿**فيه**﴾ أي في المتحجر ﴿**حق**﴾ للمتحجر ﴿ **وفي الملك** ﴾ ومنه محتطب القرية ومرعاها لما اشرنا لك اليه من تبعيتها للقرية في الملك بالاحياء لا كما توهمه من لا رشد به فيجيء الخلاف في انه ﴿ **ملك** ﴾ او مباح ﴿ **وفي المسبر** ﴾ لمسجد او غيره ﴿ **يتبعه** ﴾ لنا حديث « المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار » احمد وأبو داود من حديث ابي خداش عن رجل من مهاجري اصحاب رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم يرفعه وأبو خداش[٤] تابعي معروف وهو عند ابن ماجه من حديث

---

(١) **قال** : والشجر فيه وفي غيره كلأ ، أقول : مراد المصنف ان الشجر مباح في الأرض المحياة وغيرها كما فسر قوله كلأ بقوله لا يملكه احد كما في الغيث ، إلا أن الكلأ لغة الحشيش او النبات كما في كتب اللغة ، وفي شرح مسلم الكلأ مهموز ومقصور وهو النبات سواء كان رطباً او يابساً ، واما الحشيش والهشيم فمختص باليابس وبالعشب الرطب منه وفي الضياء مثله في الكلأ ، وفي القاموس الكلأ الحشيش . ولم يأت بمعنى مباح قط فالعبارة في معنى الشجر فيها وفي غيرها حشيش ، وهذا لا فائدة تحته بل لا يصح هذا الاخبار وان أريد أنه على تقدير مضاف اي حكم الشجر وفي غيرها حكم الحشيش فالحشيش ما قد تقدم بيان حكمه حتى يحال عليه ، بل هذا محل بيانه كما لا يخفى فالعبارة غير صحيحة في المراد ، وقد تابعه عليها الأثمار والفتح فينظر ، والتأويلات البعيدة ممكنة لكن الكلام في حل العبارة على الأسلوب العام لأهل العلم ، والشارح لم ينبه عليه بل العجب انه قال في آخر البحث ان الكلأ مرادف المباح افتراء على اللغة .

(٢) **قوله** : النابت بنفسه ، أقول احترز عما ينبته الناس وفي الفتح وحكم شجر او نابت غير منبت الخ .

(٣) **قوله** : او ملكاً ، أقول : مثله في الفتح وغيره ، إلا انه قال في الغيث للمتحجر والمالك المنع من الدخول الى منبتها بحيث لو امكن قطعها من غير دخول لم يكن له المنع .

(٤) **قوله** : وأبو خداش تابعي معروف ، اقول : سماه ابو داود حبان بن زيد ، قال في التقريب ابو خداش بكسر المعجمة وآخره معجمة من الثانية ، اخطأ من زعم ان له صحبة وظاهر ضبطه ان العين دال مهملة .

ابن عباس رضي الله عنه وفيه عبدالله[١] بن خراش متروك إلا أن ابن السكن صححه وكأنه صححه لا لذاته بل لغيره فإن له شواهد منها عن ابن عمر عند الطبراني بسند حسن ، وعند الخطيب ، وزاد الملح عن ابي هريرة ، وعند ابن ماجه بسند صحيح « ثلاث لا يمنعن الماء والكلأ والنار وأجيب بأن الكلأ اسم غالب في المباح الذي ينتجعه الأعراب في البوادي على مياهها كما صرح به حديث أبي هريرة رضي الله عنه المتفق عليه مرفوعاً بلفظ « ثلاثة ولا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر اليهم ولا يزكيهم ، رجل على فضل ماء بالفلاة يمنعه من ابن السبيل » الحديث[٢] ولو سلم فعموم قد خصصتموه باخراج ما نقل عنه عن حكم العموم وحكم جوز المنبت حكم النقل للاجماع على ان غير المنقول لا يشترط في ملكه النقل لعينه ولا

---

(١) **قوله** : عبدالله بن خراش ، أقول : هو كالأول في ضبطه إلا أن بعد الفا هو ابن حوشب الشيباني ابو جعفر الكوفي ضعيف واطلق عليه ابن عمار الكذب قال الخطابي في الكلام على حديث الناس شركاء في ثلاث المذكور ما لفظه ، الكلأ نبت في موات الأرض برعاة الناس ليس لأحد ان يختص به دون احد وتحجره عن غيره وكان الجاهلية اذا عز الرجل منهم حمى بقعة من الأرض لماشيته ترعاه يذود الناس عنها فأبطل النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم وجعل الناس شركاء يتعاورونه بينهم ، فاما الكلأ إذا نبت بأرض مملوكة لمالك بعينه فهو له ليس لأحد ان يشركه فيه إلا باذنه ، وأما قوله والنار فذهب بعض العلماء الى ان المراد بها الحجارة التي تورى بها النار ، قال لا يمنع احد ان يأخذ حجراً يقدح بها النار ، فأما النار التي يوقدها الانسان فله منعها من غيره ، وقال بعضهم له ان يمنع من يريد ان يأخذ منها جذوة من الحطب الذي قد احترق فصار جمراً وليس له ان يمنع من اراد ان يستصبح منها مصباحاً او يدني منها منغثاً يشتعل بها لأن ذلك لا ينقص من عينها شيئاً . قلت والحديث ظاهر في ان له ان يأخذ منها أي من جمرها نفسه الا انه لما كان قد احرز حطبها بشرائه له او باحتطابه ونقله فإن جمرها وما تفرع عنه ملك له لا يحل اخذ شيء منه إلا بطيبة من نفسه .

(٢) **قوله** : ـ الحديث ، أقول : تمامه ورجل بايع رجلاً بسلعة بعد العصر فحلف له بالله لأخذها بكذا فصدقه وهو على غير ذلك ورجل بايع إماماً لا يبايعه إلا الدنيا فان أعطاه منها وفى له وإلا لم يف « أحمد والشيخان والأربعة ، قلت ولا يخفى انه لا دليل فيه على ما قاله الشارح من أن الكلأ اسم لما في البوادي على المياه فالحديث إنما هو وعيد على من منع فضل الماء ابن السبيل في الفلاة لا تعلق له بالكلأ ، وكأنه انتقل ذهن الشارح الى حديث ابي هريرة عند البخاري وغيره مرفوعاً لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ «قال في فتح الباري المعنى ان يكون حول البئر كلأ ليس عنده ما غيره فلا يمكن اصحاب المواشي إلا إذا مكنوا من سقى بهائمهم من تلك البئر لئلا يتضرروا بالعطش بعد الرعى ، فيستلزم منعهم من الماء منعهم من الرعى ، وفي معالم السنن هذا في الرجل يحفر البئر في =

لعلته التابعة لعينه والقياس[١] على المخرج قياس على اصل صحيح ومنه ذهب البعض الى عدم حجة العموم بعد تخصيصه وسيأتي زيادة تحقيق في حكم الماء انه لا يملك منه ما فضل عن الكفاية سواء كان في الملك او غيره فيجري مثله في النار والكلأ ، ولو صح ملكه لما رجع النبي صلىّ الله عليه وآله وسلم عن تمليك الأبيض بن حمال ملح ما رب لما قال له الأقرع بن حابس يا رسول الله انما هو كالماء العد اي الكثير الدائم فرجع النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم وقال « فلا إذن » وبه تعلم انه لا يصح للامام أن يقطع احداً مثل ذلك ولا يمنع الماء العد ﴿ و ﴾ اما ﴿ **في غيرها** ﴾ اي غير الحق والملك والمسبل فلا نزاع في انه ﴿ **كلأ** ﴾ أي مباح فظهر لك ان الكلأ مرادف للمباح .

= الأرض الموات ، وسرد كلاماً قريباً من كلام ابن حجر ، قلت : ولا يخفى انه لا دليل للشارح في الكلأ لأن بالفلاة من مفهوم الاسم ولا يعمل هو به وقد تقدم له قريباً عدم العمل به وكأنه لذلك بادر الى التسليم .

(١) قوله : والقياس على المخرج قياس صحيح ، أقول : العلة عندهم النقل والاحراز ولا نقل في المحوز ولا إحراز بنصه فالقياس غير صحيح لعدم الجامع ، وقوله للأجماع على ان المنقول لا يشترط في ملكه النقل مسلم فيما ملك بعقد الشراء كما نادى به قوله في ملكه ولا كذلك الحقوق ، وقد تقدمت له التفرقة بين الحق والملك ، نعم الحق ان الأحاديث دالة على اشتراك الناس في الماء والكلأ والنار والملح من معدن مطلقاً ، ودل العمل في عصره صلىّ الله عليه وآله وسلّم ومن بعده الى يومنا من الناس ان من نقل اي شيء من هذه واحرزه لم يبق لغيره فيه حق إذ من المعلوم ان في عصره صلى الله عليه وآله وسلّم كانوا ينقلون الماء الى محالهم ويستبدون به ولا يأتي احد الى من لديه ماء قد احرزه من بئر او نهر يغترف منه على حد اغترافه من البئر والنهر ، ولا يقول هذا احد ، واستمر على هذا عمل الناس وباع الماء السقايون اسم الفاعل سقاء مهموز أو جمعه سقاؤون لما نقلوه وأحرزوه في كل أرض وكل عصر، وبوب البخاري باب بيع الحطب والكلأ، قال ابن بطال في شرحه : ـ الاحتطاب من المباحات والاختلاء من نبات الأرض متفق عليه حتى يقع ذلك في ارض مملوكة فترتفع الاباحة ، قال ووجهه انه اذا ملك بالاحتطاب والاحتشاش فلأن يملك بالأصالة اولى وقلنا مطلقاً سواء كان الكلأ في حق او ملك فان حديث « ثلاثة » مطلق وحديث فضل الماء كذلك وسائر ما ورد لم يرد بتفرقة بين حق وملك هذا وابن القيم جنح الى مثل كلام اهل المذهب وانه مباح في حق وملك إلا ان اهل المذهب منعوا من دخول ارض الغير لذلك إلا باذن وهو خالفهم في هذا وأطال البحث في ذلك ، وحاصل ما قاله ان محل النهى صور احدها المياه المنقعة من الأمطار في ارض مباحة فهي مشتركة بين الناس ليس احد أحق من احد إلا بالتقديم لقرب أرضه ، وهذا النوع لا يحل منعه ولا بيعه ومانعه عاص مستحق لوعيد الله تعالى ، ولمنع فضله إذ منع ما لم تعمل يداه ، فان =

= قيل فلو اتخذ في ارضه المملوكة حفرة يجمع فيها الماء او حفر بئراً فهل يملكه بذلك ويحل له منعه ؟ فقيل لا ريب انه أحق به من غيره ومتى كان الماء النابع في ملكه والكلأ والمعدن وفق كفايته وكفاية مواشيه ودوابه لم يجب عليه بذله ولا يدخل تحت وعيد النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم ، فإنه إنما توعد فضل الماء ولا فضل هنا وما فضل منه من حاجته وحاجة دوابه بذله لآدمي مثله او بهائمه بغير عوض ، ولكل احد ان يقدم الى الماء ويشرب ويسقي ماشيته وليس لأحد منعه من ذلك ، وهل يلزم ان يبذل له الدلو والبكرة مجاناً الا ظهر دليل وجوب ذلك لأنه من الماعون ، وهذا فيما كان في الصحاري وفي البراري دون البنيان فليس لأحد دخوله الا باذن صاحبه ـ يأتي له تفصيل في هذا تمت ـ وهذا في البذل لآدمي وهل يلزمه بذل الفضل من مائه لزرع غيره ، فيه قولاً لا يلزمه إذ لا حرمة للزرع نفسه فهذا لا يجب سقيه على صاحبه ، وهو مذهب الشافعي بخلاف الماشية ، والثاني يلزمه بدليل عموم أحاديث الوعيد على بيع فضل الماء ، وقولهم لا حرمة للزرع مردود ، قال ابو محمد المقدسي تضييع المال منهى عنه وإتلافه محرم وذلك دليل حرمته ، فان قيل فاذا كان في داره وأرضه بئراً وعين مستنبطة فهل يكون ملكاً له تبعاً لملكه الأرض ، قيل اما نفس البئر وارض العين فمملوكة لمالك الأرض ويحل له بيعه ، وقيل قواعد الشرع وحكمته اشتماله على مصالح العالم يقتضي المنع من بيع هذا الماء ، وفيه قولان لأحمد ، ووجهان لأصحاب الشافعي ، والمختار ما اشرنا اليه ، وعلى هذا فاذا دخل غيره بغير اذنه يأخذ شيئاً ملكه لأنه مباح له في الأصل فأشبه ما لو عشش طائر في ارضه فدخل فاخذه ، فان قيل فهل له منعه عن دخول ملكه وهل يجوز دخوله في ملك الغير بغير اذنه؟ قيل انه لا يجوز له الدخول بغير اذنه ، والصواب انه يجوز له الدخول لأخذ ماله وقد يتعذر عليه غالباً استئذان مالكها ويكون قد احتاج الى الشرب وسقى بهائمه ورعى الكلأ ومالك الأرض غايب ، ولو منعناه عن دخولها إلا باذنه كان ذلك إضراراً بينا به ، وأيضاً فانه لا فائدة لهذا الاذن فانه ليس لصاحب الأرض منعه من الدخول بل يجب عليه تمكينه منه وغاية ما يقدر انه لم يأذن له وهو محرم شرعاً فلا فائدة في توقف دخوله على الأذن ، وايضاً فانه اذا لم يتمكن من اخذ حقه الذي جعل له الشارع الا بالدخول فهو مأذون شرعاً ، نعم اذا كان الدخول على اهله وحريمه فانه لا يجوز بغير اذن بخلاف ما اذا كان في الصحراء او دار لا انيس بها فله الدخول ، وقد قال تعالى (ليس عليكم جناح ان تدخلوا بيوتاً غير مسكونة فيها متاع لكم) وهذا الدخول الذي رفع الجناح هو الدخول بلا إذن ، فدل على جواز الدخول الى بيت غيره وارضه غير المسكونة لأخذ حقه من الماء والكلأ ، فان قيل فما تقولون في بيع البئر نفسها والنهر نفسه؟ قيل قال الامام احمد إنما نهى عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قرارها ويجوز بيع البئر نفسها والعين ، والذي قاله هو الذي دلت عليه السنة ، فان النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم قال « من يشتري بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة» او كما قال فاشتراها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي وسبلها للمسلمين بأمر رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم وكان اليهودي يبيع ماءها فكان في هذا حجة في جواز بيع البئر وجواز شرائها وتسبيلها ، فان قيل فاذا كان الماء لا يملك عندكم ولكل احد ان يستقي منه حاجته فكيف امكن =

= اليهودي تحجره حتى اشترى عثمان البئر وسبلها؟ فإن قلتم باع نفس النهر ودخل تبعاً أشكل عليكم ما قررتم من جواز دخول ملك الغير لأجل الكلأ والماء ، وقصة اليهودي تدل على احد امرين ، إما ملك الماء بملك قراره ، أو انه لا يجوز دخول ارض الغير إلا برأيه قيل هذا سؤال قوي تمسك به من ذهب الى أحد هذين المذهبين، ومن منع أجاب بأن هذا قبل تقرر أحكام الاسلام ، وفي اول الأمر واليهود لهم شوكة ولم تكن احكام الاسلام جرت عليهم ، وسياق قصة البئر ظاهر انها كانت في اول قدومهم المدينة ، وهذا في الماء غير الجاري واما المياه الجارية فان كان كالأنهار الكبار وغيرها لم تملك بحالة ، ولو دخلت الى ارض رجل لم تملكها بذلك وهو كالطير يدخل ارض الغير فانه يجوز صيده ، وأخذه فان جعل له في ارضه بركة يجتمع فيها لم يخرج منها فهو كنقيع البئر وفيه من النزاع ما تقدم وإن كان لا يخرج منها فهو احق بالسقي والشرب وما فضل فحكمه حكم ما تقدم انتهى كلامه ولا يخفى قوة ما ذكر من جواز دخول ملك الغير بغير إذنه وإن كان اول كلامه في صدر البحث يدل على انه لا يدخل ملك الغير فكأنه تكلم بذلك على رأي من يمنع ذلك ثم رجح آخراً ما هو الأقوى دليلاً وقد يتأول اول كلامه بانه اراد ما لا يحل دخوله مما فيه رب البيت والأرض وحريمه والله اعلم ، واعلم انه ورد الينا سؤال من بعض حكام الديوان في كيفية الاشتراك في الثلاثة التي ذكرت في الحديث وبسطنا الجواب بما فيه فوائد واسعة وإيضاح وبيان لا مزيد عليه .

باب المضاربة [1]

---

(١) **باب المضاربة** . أقول : في شرح الأثمار أنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السفر ، قال تعالى (وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله) لما كان لا يحصل المقصود بها في الغالب الا بالسفر وقيل من الضرب في المال أي التصرف فيه ، وعلى هذين الوجهين لا يشتق للمالك منها اسم بل يقال رب المال ، ويقال للعامل فيها مضارب بفتح الراء وللمالك مضارِب بكسرها ، وقيل يصح أن يقال لكل منهما بفتح الراء وكسرها على البدل ، ويسمى القراض اشتقاقاً من القرض وهو القطع لما كان المالك يقطع للعامل قطعة من ماله ليتّجر فيها اهـ وعلل في الأمداد وجه التسمية بالمضاربة بأن كلا منهما يضرب بسهم من الربح ، قال وتسمى مفاوضة وهي المساواة لتساويهما في الربح .

قال المصنف هي بالوكالة أشبه لأن عقدها غير لازم لعدم وجوب تعيين مدة العمل ونحوها فكان حقها على هذا أن تؤخر إلى الوكالة ، والحق انها نوع من الاجارة لأنها عمل أحد المتاجرين في عين لصاحبه بجزء من الربح وقد نبهناك [١] فيما سلف أنها كالمخابرة لكن لم يرد فيها بخصوصها نهى وإنما حلها على أصل الاباحة والبراء من المانع إلا أن يقاس على المخابرة عند مانع المخابرة فلا محيص لمن جعل القياس دليلا على قياس احداهما على الأخرى لعدم الفرق إلا بوصف طردي ، وقال ابن حزم في مرابت الاجماع كل أبواب الفقه فله أصل في الكتاب والسنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلا فيهما البتة ولكنه إجماع صحيح مجرد ، قال [٢] ابن حجر والذي نقطع به أنه كان في عصر النبي صلى الله عليه وآله وسلم فعلم به وأقره ولولا ذلك لما جاز البتة إلا أن قوله ولولا ذلك لما جاز البتة مدفوع بما ذكرنا من أن الأصل عدم المانع .

﴿فصل وشروطها الايجاب﴾ من المستأجر على عادة [٣] المصنف في جعل الركن

---

(١) قوله : وقد نبهناك فيما سلف ، أقول : الذي سلف أن المخابرة مثلها في شرح قوله كالمخابرة .

(٢) قوله : قال ابن حجر الخ ، أقول : قاله في التلخيص بعد نقل كلام ابن حزم ولكن ابن حزم صرح بأنه كان في الجاهلية وكانت قريش أهل تجارة لا معاش لهم من غيرها ثم قال فأقر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ذلك في الاسلام وعمل به المسلمون عملا متيقناً لا خلاف فيه ، وذكر خروجه صلى الله عليه وآله وسلم في قراض بمال لخديجة قبل البعثة والنبوة فيصح الاستدلال به على أنه كان القراض أمراً معلوماً في الجاهلية وذلك مما لا نزاع فيه وفي نهاية المجتهد لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض ز ، وأنه مما كان في الجاهلية وأقره الأسلام هـ وفي الامداد أن أصله قبل الاجماع قوله تعالى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله وقوله تعالى (ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلاً من ربكم) وتقريره صلى الله عليه وآله وسلم لأهل عصره فانه كان كثيراً بينهم بل ضارب صلى الله عليه وآله وسلم لخديجة بمالها الى الشام وأنفذت معه عبدها ميسرة اهـ قلت : ولا يخفى ما في الاستدلال على ذلك بالآيات فانها ظاهرة في مطلق الابتغاء من فضل الله الا ان يريد أنه يدخل باب المضاربة في الابتغاء من فضل الله ، فالاستدلال بالمطلق على المعين لا ينتهض ، والضرب في الآية غير هذا المعنى المصطلح عليه وخروجه صلى الله عليه وآله وسلم في مال خديجة ليس نصاً في المضاربة ولكنه داخل في الاجارة كما قاله الشارح إلا انها إجارة فاسدة لجهالة المدة فان عينت كانت صحيحة .

(٣) فصل وشروطها ـ قوله : على عادة المصنف الخ ، أقول : وكأنه لذلك عدل الأثمار إلى قوله هي عقد بين جائزي التصرف بايجاب .

شرطاً ﴿ **بلفظها أو ما في حكمه** ﴾ من أمر العامل بالتصرف ﴿ **والقبول** ﴾ من العامل ﴿ **أو** ﴾ ما في حكمه من ﴿ **الامتثال** ﴾ لأمر المستأجر بقبضه للمال أو التصرف فيه ﴿ **ولو** ﴾ حصل القبول أو الامتثال ﴿ **على التراخي** ﴾ لأن المضاربة تشبه الوكالة ﴿ **ما لم يرد** ﴾ العامل الايجاب على الموجب ولا بد أن تكون ﴿ **بين جائزي التصرف** ﴾ لا كالصبي أو عبد غير مأذونين كسائر العقود ، ويكون العقد ﴿ **على مال من أيهما إلا من مسلم لكافر** ﴾ **قال المصنف** : لأن العامل وكيل فربما تصرف تصرفاً لا يسوغ للمسلم كالتجارة في الخمر والخنزير ونحوهما من الربا وإن حجر لم يؤمن إذ لا عدالة .

قلت : (١) قد تقدم جواز معاملة الظالم مع تجويز حرمة ما في يده ، ولما يستلزم أيضاً من منع مضاربة الفاسق لمشاركته الكافر في عدم العدالة الذي هو مظنة التلوث بالحرام ، وأما اشتراط مال ﴿ **معلوم** ﴾ قدره فان أراد (٢) وجوب كونه معلوماً حال العقد فوهم لأن المذهب صحة دفع العروض إلى العامل لبيعها ، ويجعل ثمنها رأس مال للمضاربة كما سيأتي ، وثمنها غير معلوم حال العقد ، وإن أراد وجوب علمها له ولو من بعد ليمكن رد مثله عند العزل فالحاجة انما هي إلى علم العامل وتصرفه لا ينفك عن علم مقدار ما تصرف فيه وهو أمين كما عرفت ولولا الحاجة إلى معرفة قدر ما يرده عند العرب لما اشترط في الأمانة معرفة قدرها ،

(١) **قوله** : وقد تقدم أنه يجوز معاملة الظالم ، أقول : وفي المنار على قول المصنف إذ قد يتصرف بما لا يحل للمسلم هذا لا يكفي في منع صحتها ، لأنه إذا فعل ذلك صار مخالفاً كسائر المخالفات الجائزة على المسلمين ، فلو كان تجويز المخالفة مانعاً امتنعت المضاربة ، نعم منع معاملة لكافر ورع محمود . وعدل في شرح الأثمار عن قوله إذ لا عدالة إلى قوله إن الكافر يستحل ما لا يستحل المسلم بخلاف الفاسق فانه لا يستحل ما لا يستحله المؤمن فيحمل على أنه لا يرتكب محظوراً في دينه كالربا اهـ **قلت** وفيه تأمل إذ مناط أنه لا يرتكب محظوراً العدالة فاذا انتفت انتفت المظنة ، وقد حكى عن الشافعي أن الشركة تصح بين المسلم والذمي وتكره ، ولعل خلافه يأتي هنا ، وقد زاد الاثمار في شرائط الصحة أن لا يكون المال يسيراً لا يمكن التصرف فيه او كثيراً لا يقدر العامل على التصرف فيه ويحجره عن الاستنابة ، وكذا لو قال لا تنجر إلا في الصين وكانت المضاربة يسيرة لا يمكن العمل بعد بلوغ الصين فان هذه المضاربة ونحوها لا تصح وفي الغيث وكذا لو تضمنت أمراً محظوراً فانها لا تصح .

(٢) **قوله** فان أراد وجوب كونه معلوماً إلى آخر الترديد ، أقول : حذف في الفتح قيد معلوم وزاد بعد قيد يحضره أو يعطيه عرضاً ليبيعه ويكون ثمنه لها اهـ وكأنه لذلك الذي ذكره الشارح حذف وزاد اما الاثمار فأتى بقيد معلوم وزاد وفي حكمها يجعل ضمير حكمها للنقد والحضور والمعلوم ويأتي كلامه .

وأمَّا منع المضاربة بغير ﴿ **نقد يتعامل به** ﴾ فخالف فيه القاسم وابن أبي ليلى والأوزاعي مثلياً كان أو قيمياً ، وكذا عن مالك إلا الطعام كما تقدم في المحاقلة ، وقال الشافعي يصح في المثلى فقط ، لنا [١] ان عقدها غير لازم فيجوز أن يرد ولما يحصل فيه غير تغيير القيمة فان كانت زادت استبدّ بها المالك وان كانت نقصت رد العامل مال المضاربة ناقصاً وكلا الأمرين خلاف موجب المضاربة .

واجيب بأن القيمة ليست جزء من المثلى وأما القيمي فالواجب رد ثمنه إذ هو رأس المال في الحقيقة لأنها تصح على نقد [٢] ﴿ **حاضر أو في حكمه** ﴾ من عروض يؤمر العامل ببيعه

---

(١) **قوله** : لنا ، أقول : هو استدلال على جميع أنواع غير النقدين منقول من البحر بتصرف في العبارة وبسط بيان ذلك المنار حيث قال مثاله ضاربه بوسق وسعره أربعة دنانير فباعه بستة فالربح ديناران ، ثم غلا السعر وطلب المالك رأس ماله فاشترط له وسقا بستة فاستبدل المالك بالربح فلو رخص فاشترى له وسقا بثلاثة أخذ العامل من رأس المال ديناراً وهذا معارض بما لو أعطاه أربعة دنانير فاشترى بها سلعة ثم غلت حتى صار سعرها ستة ثم رخصت إلى أربعة دنانير وتفاسخا فقد استبد بالربح وإن بلغ الرخص ثلاثة شارك العامل المالك في رأس المال إذ لم يصر إلى المالك إلا بعض رأس ماله وهو السلعة إذ يسلم له غير مالها الحاصل ولو غير المعقود عليه ، ثم إن النقود يعرض لها الغلاء والرخص ويعرف ذلك بمقابلة أحد النقدين بالآخر وبمقابلة السلع أيضاً حيث اختلف ثمن السلع بأحد النقدين دون الآخر ، وهذه في التحقيق مغلطة لأنه إنما يتصور لهم اللازم المذكور مع كون النظر إلى رأس المال بحفظه وتوفيره عند الرد ولا عبرة بما توسط من ارتفاع الأثمان وانخفاضها إذ لا يتحقق ربح ولا خسران إلا بعد توفير رأس المال إلى أن قال فاذا اضمحلت هذه الشبهة تبين أنها تصح المضاربة في كل شيء اهـ وبه تعرف معنى قول الشارح أن القيمة ليست جزءاً من المثلى يريد ان الواجب رد المثلى وترك القيمة التي تفاضلت زيادة ونقصاناً ليست جزءاً منها فلا يضر ما عرض لها .

(٢) **قوله** : على تقدير حاضر أو في حكمه ، أقول : عبارة الأثمار معلوم على تقدير حاضر أو في حكمه ، قال في الوابل ما حاصله أي في حكم المعلوم أو حكم النقد أو حكم الحاضر فالذي في حكم المعلوم حال العقد كأن يعقد على دراهم ونحوها غير معلومة حال العقد تفصيلا بل معلومة جملة فان هذا يصح إذ لا يشترط العلم حال العقد تفصيلا بل يكفي معرفته جملة ويعرف تفصيله قبل التصرف ، قلت وهذه هي الصورة التي اعترض بها الشارح إطلاق المعلوم ولك أن تقول أراد المصنف معلوم حال العقد جملة أو تفصيلا على منع الخلو لا الجمع لولا أنه يأباه قول المصنف في الغيث معلوم مفصلا ، ثم قال والذي في حكم النقد الدراهم المغشوشة إذا كان الغش فيها يتعامل به ، وأراد بحكم الحضور أن يعقد المضاربة ثم يعطيه عرضاً يأمره ببيعه ثم يجعل منه مالها ولو تراخى ذلك عن المجلس فان ذلك يصح عند أهل المذهب .

وجعل ثمنه رأس مال المضاربة ﴿ و ﴾ لا بد من ﴿ **تفصيل كيفية الربح** ﴾ كنصيفين أو ثلاثاً أو نحو ذلك أو الأحالة على ما يمكن معرفته من بعد كعادة عامة أو خاصة ﴿ و ﴾ لا بد من ﴿ **رفض كل شرط** ﴾ أي تركه إذا كان ﴿ **يخالف موجبها** ﴾ الذي هو إيثار تكميل رأس المال بما حصل من ربح واختصاص العامل بالنظر في بيع السلع وعدم اشتراط استبداد أحدهما بشيء معين لجواز أن لا يحصل ربح غيره فاذا أخذه أحدهما بالشرط ارتفع موجبها من التشارك في الربح فلو شرط أحدهما ينافي أحد هذه الثلاثة بطلت

فصل

﴿ **ويدخلها التعليق** ﴾ بما لا يخالف موجبها نحو إذا جاء رأس الشهر فقد ضاربتك في هذه المائة ﴿ **والتوقيت** ﴾ نحو ضاربتك سنة وقال الامام يحيى التوقيت ينافي موجبها لجواز أن تنقضي المدة والمال عرض يجوز الربح فيه .

وقال المصنف التوقيت لا يقتضي منع البيع بعد المدة .

قلت : لكنه يستلزم أن يكون [١] التوقيت لغوا فلا يصح القول بأنه يدخلها ﴿ **والحجر** ﴾ [٢] للعامل ﴿ **عما شاء المالك** ﴾ من العمل وأمكنته وأزمنته ومتعلقات

---

(١) ﴿ **فصل ويدخلها التعليق** ﴾ قوله : أن يكون التوقيت لغوا ، أقول : المصنف يقول إن التوقيت لا يقتضى منع البيع لما لديه من سلع المضاربة ومنع الشراء فلا يكون لغوا لأنه منع الشراء ، وعبارة البحر هكذا فيدخلها التعليق والتوقيت كالوكالة كقارضتك سنة فاذا انقضت فلا شراء فاذا قال ولا تبع فَسَدَتْ إذ خالفت موجبها ، فاذا أطلق التوقيت فصدت في أقوى الوجهين ، اذ يقتضي منعه عند انتهائها قلت الأقوى صحتها اهـ فكأن الشارح نقله بالمعنى أو نقله من محل آخر .

(٢) قال : والحجر عما شاء المالك أقول : أصله ما رواه الدار قطني وابن عدي عن ابن عباس قال كان العباس اذا دفع ماله مضاربة اشترط على عامله ألا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل فهو ضامن ، فرفع شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأجازه ، إلا أن في اسناده ابا الجارود الكوفي واسمه زياد بن المنذر ، قال ابن معين كان كذاباً عدواً لِلَّهِ ليس يساوي فلساً يروى له الترمذي حديث « من أطعم مؤمناً على جوع » واليه تنسب الطائفة الجارودية لكنه روى مالك عن زيد بن أسلم عبدالله بن عمر أنه لما انصرف هو وأخوه عبدالله إلى غزوة نها وند اجتازا بالعراق وعليها أبو موسى الأشعري فقال لهما إني أريد ان أصلكما بشيء وليس عندي ما أصلكما به =

الشراء واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو حجره عن البيع لسلع المضاربة مطلقاً أو على وجه [١] مخصوص فان ذلك لا يصح لأن بيع السلع مما يوجبه عقدها عليه فلو حجره المالك رفع موجب العقد ﴿ **فيمتثل العامل** ﴾ الحجر عما صح حجره عنه ﴿ **وإلا ضمن التآلف** ﴾ ولم ينعزل مع السلامة إلا في صفقة شراء شيء نهي عنه لا لغرض الحفظ ﴿ **و** ﴾ المضاربة إذا أطلقت عن القيود والشروط على العامل كان ﴿ **له في مطلقها** [٢] **كل تصرف إلا الخلط** ﴾ لما لها بمال الغير لأنه يستلزم إيجاب حق للغير على المالك وهو وجوب انتظاره الشريك للقسمة وذلك خلاف وضعها ﴿ **والمضاربة** ﴾ لغيره في مالها لأن المضاربة وكالة كما عرفت ، والوكيل لا يصح منه التوكيل إلا مفوضاً كما سيأتي في بابه ﴿ **والقرض** ﴾ أي الأقراض من مالها لأن موضوعها على طلب الربح العاجل بالتصرف والقرض ليس كذلك ﴿ **و** ﴾ أما ﴿ **السفتجة** ﴾ فان أراد أن العامل لا يأخذ السفتجة فذلك راجع إلى الأقراض أو نحوه فلا

= سوى مائة ألف من بيت المال فاتجرا فيها ثم سلما المال إلى أمير المؤمنين بالمدينة والربح لكما فأخذا المال فاشتريا به من متاع العراق فربحا بالمدينة ربحاً كثيراً ثم اخبرا عمر بذلك فقال أو أعطى كل رجل من المسلمين مثل ما أعطاكما قالا لا فقال إنما اعطاكما لمكانكما مني فأديا المال والربح إلى بيت المال فسكت عبدالله ولم يراجع أباه بشيء وقال عبيدالله أرأيت لو تلف هذا المال كان من ضماننا قال نعم قال فالربح لنا إذاً فأعاد عمر كلامه فراجعه عبيدالله فقال عبد الرحمن بن عوف يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ففعل فأخذ منهما المال ونصف ربحه ، فان قيل كان المال قرضاً فكيف جعله قراضاً فالجواب أنه استطاب قلوبهما في نصف الربح وللأمام ذلك إذا رأى مصلحة كما فعل صلى الله عليه وآله وسلم في سبي هوازن وحمله على ذلك ما فهمه من أن قصد أمير العراق ارفاقهما لكونهما ابني أمير المؤمنين وقصد مصلحة بيت المال .

(١) **قوله** : أو على وجه مخصوص ، أقول : كأن يقول لا تبع إلا من فلان ولا تشتر إلا منه فسدت كما في البحر قال عليه المنار المنع من بعض الأماكن أو بعض الأحوال لا ينبغي أن يشك في صحته وإذا كان كذلك فلا فرق بين القليل والكثير ، وقولهم مقتضاها إطلاق التصرف ممنوع بل مقتضاها الأذن في التصرف في الجملة بحيث لا يمتنع حصول الربح في الجملة .

(٢) **قوله** : في مطلقها ، أقول حوله الأثمار إلى قوله فيها ، قال الوابل إنما لم يقل مطلقها كما في الأزهار لأن المراد العموم لا أن المراد المضاربة المطلقة من دون تقييد ، فالمطلقة يثبت فيها كل تصرف غالباً ، والمقيدة كذلك وحسب التقييد فيستقيم ح الاستثناء بلفظ «غالباً» فيدخل فيها ما ذكر اهـ فان «غالباً» احتراز عن الثلاثة المذكورة في الأزهار بالاستثناء وهي عامة في مطلقة ومقيده .

حاجة إلى ذكر السفتجة وإن أراد انه لا يعطي سفتجة فوهم لأن له الاستقراض لها ﴿ **فان فوض** ﴾ العامل ﴿ **جاز** ﴾ له ﴿ **الأولان** ﴾ الخلط والمضاربة ﴿ **و** ﴾ قال الشافعي التفويض لا يسوغ الخلط لما مر من كونه منافياً لوضعها ، وكذا قال أصحابه في المضاربة لما مر أو لأنه إذا ضارب بدون ما ضورب به أخذ جزءاً من الربح بلا عمل ، قلنا ﴿ **إن شارك الثاني في الربح** ﴾ فقد عمل العقد الثاني معه وذلك عمل ﴿ **لا** ﴾ أنه يجوز ﴿ **الآخران** ﴾ وهما القرض والسفتجة لأنهما من خلاف وضعها وموجبها وهو طلب الربح وأما قوله ﴿ **الا لعرف** ﴾ أو تصريح بالأذن بهما فينبني على أن ما خالف موجبها لا يوجب فسادها وذلك هدم لكثير من أحكامها .

فصل

﴿ **ومؤن المال كلها من ربحه ثم** ﴾ إذا لم يكن ربح فهي ﴿ **من رأسه** ﴾ لأنها وكالة لا إجارة ﴿ **وكذلك مؤن العامل وخادمه المعتادة في السفر فقط** ﴾ خلافاً للمزني وقول للشافعي إلا أن يشترطها [١] العامل ، قلنا كأجرة الجمال والسفن ، قالوا جعلتموها وكالة ولا يجوز استنفاق الوكيل من مال الموكل إلا بشرط فتنقلب الوكالة إجارة ، وإنما يستحق العامل مؤنه وخادمه ﴿ **مهما اشتغل** ﴾ أي مدة اشتغاله ﴿ **بها** ﴾ ولو قال كذلك لكان الصواب لأن لفظ مهما ناب في هذا الموضع ﴿ **و** ﴾ لا بد أيضاً من كونه ﴿ **لم يجوز استغراق الربح** ﴾ لأنه يذهب بثمرتها وفيه نظر لأن قياس مؤن العامل على أجرة الجمال والسفن ونحوها يوجب جواز أخذها من رأس المال فضلا عن أرباحها فان عدم الخسر ليس من شروطها ولا موجباتها ، وإنما يتمشى ذلك على قول المزني والشافعي ﴿ **وفي** ﴾ أخذ العامل مؤنه وخادمه منها حال ﴿ **مرضه ونحوه** ﴾ حبسه ﴿ **تردد** ﴾ المختار إنه ان عرض له العارض بسبب خروجه لعملها استنفق منها وإلا فلا ﴿ **فان انفق** ﴾ من نفس ماله ﴿ **بنية الرجوع** ﴾ على مال المضاربة ﴿ **ثم تلف المال** ﴾ الذي للمضاربة ﴿ **بين وغرم**

---

(١) **فصل ومؤ ن المال كلها قوله** : لا أن يشترطها العامل ، أقول : في الامداد انه ان شرط العامل نفقة نفسه في عقد القراض من مالها فسد لان ذلك يخالف مقتضاه انتهى . وبه تعرف عدم صحة استثناء الشارح للشافعي الا أن يريد ويفسد بالاشتراط عقد القراض ، وعلل في الامداد المنع لانفاقه نفسه من مالها بأن له نصيباً من الربح فلا يستحق شيئاً آخر .

المالك ﴾ مع التلف ﴿ **وصدقه مع البقاء** ﴾ وقال [١] الشافعي هو مصدق مع البقاء والتلف في قدر نفقة المثل ، قلنا إنما يكون أميناً على مال المضاربة وبعد تلفه لا أمانة .

وأجيب بأنه حال النفقة أمين إذ الفرض أن المال لم يتلف إلا بعدها ﴿ **ولا ينفرد** ﴾ العامل ﴿ **بأخذ حصته** ﴾ من الربح بناء على أن ذلك يكون فسخاً ولا يصح له الفسخ إلا في وجه شريكه لأنه كالوكيل ، وأما المالك فينفرد بأخذ نصيبه لأن ذلك لا يكون عزلا للوكيل والحق أن أحكام الربح أحكام المشترك وسيأتي في القسمة إن شاء الله تعالى تحقيقه ﴿ **و** ﴾ حصته من الربح ﴿ **يملكها** [٢] **بالظهور** ﴾ أي بظهور الربح ﴿ **فيتبعها احكام الملك و** ﴾ قال المؤ يد بالله والشافعي ﴿ **إنما** ﴾ يملك بما به ﴿ **يستقر** ﴾ ملكها وليس إلا ﴿ **بالقسمة** ﴾ بدليل قولكم ﴿ **فلو خسر قبلها** ﴾ أي قبل القسمة ﴿ **وبعد التصرف** ﴾ بالعمل في مال المضاربة ﴿ **أثر الجبر** ﴾ للتالف بما حصل من الربح بخلاف ما لو تلف بعض المال قبل التصرف ثم ربح في بقيته فلا جبر عليه وكذا لو خسر بعد القسمة ﴿ **وإن** ﴾ جهل الخسر و ﴿ **انكشف بعدها** ﴾ أنه كان من قبل فكذلك يجب الجبر ويرد كل منهما ما يجبر رأس المال .

فصل

﴿ **وللمالك شراء سلع المضاربة** ﴾ منه وقال المؤ يد والامام يحيى والشافعي ملك [٣]

---

(١) **قوله** : وقال الشافعي هو مصدق مع البقاء أقول : مثل هذا في الغيث إلا انه سبق عن الامداد أن الشافعي لا يمنع إنفاقه على نفسه من مال المضاربة فينظر في صحة هذا .

(٢) **قال** : يملكها بالظهور الخ ، اقول ؛ اهمل الشارح الاستدلال للقولين وفي شرح المنهاج انه لو ملك بالظهور لكان شريكاً في المال ولو كان شريكاً لكان النقصان الحادث بعد ذلك محسوباً عليهما وليس كذلك ، قال وإلى أنها لا تملك إلا بالقسمة ذهب مالك والمزني وقال أبو حنيفة تملك بالظهور قياساً على المساقاة وعملا بالشرط فأن مدلولهما اشتراكهما في الربح بمجرد حصوله . ثم قال فعلى القول بملكه بالقسمة لا بالظهور له فيه حق مؤكد فيورث عنه ويتقدم به على الغرماء ويغرمه له المالك باتلافه المال واسترداده وعلى القول الآخر لا يتصرف منه لعدم استقراره ، وللمالك فيه حق الوفاء به فاذا فسخ القراض ومضى رأس المال واقتسما استقر وخرج عن وكالة وفائه قلت ومن هنا قال القائل يملكه بالظهور إذ أول القراض وكالة وآخره شركة ، وقال القائل انه إن ما يملكه بالقسمة أو له وكالة وآخره جعالة .

فصل وللمالك شراء سلع المضاربة

(٣) **قوله** : ملك التصرف لا يستلزم الصحة ، أقول : أشار بقوله ملك التصرف إلى دليل المسألة =

التصرف لا يستلزم الصحة كالشراء من الوكيل لأنه يشتري ماله بماله وإن جاز استحساناً كالشراء من مكاتبه .

قلت : ينبغي أن يكون الخلاف هنا مبنياً على الخلاف في تعلق الحقوق بالوكيل وعدمه كما سيأتي ، فمن أثبته كما هو المذهب لزمه صحة شراء المالك من الوكيل والمضارب ، ومن منعه كالمؤيد والشافعي لم يجوز ذلك لتأدية ذلك إلى كونه طالباً مطلوباً وهو مانع خيالي وقد قدمنا لك صحته بالاعتبارين ﴿ **وإن فقد الربح** ﴾ وقيل [١] لا يصح مع فقد الربح إجماعاً وهو جزاف مبني على تخيل كونه شراء ماله بماله أو كونه طالباً مطلوباً ممتنعين ، وقد عرفت أنه لا امتناع كما في الشراء من مكاتبه وجواز طالب مطلوب باعتبارين ولأنه إذا صح في مال المالك مع الربح فليصح مع عدمه لأن وجود الربح طرد في تأثير التصحيح بشراء ملك نفسه ﴿ **و** ﴾ كما يجوز للمالك شراء سلع المضاربة من العامل يجوز له ﴿ **البيع** ﴾ لسلع المضاربة ﴿ **منه** ﴾ لما سيأتي من صحة تصرف المالك مع العامل إعانة له باذنه ، إلا أن بيعه لها منه لا يصح إلا ﴿ **إن فقد** ﴾ الربح فيها إذ لو كان فيها ربح لكان العامل قد ملك حصته منه بالظهور فكان المالك قد باع ما لا يملك التصرف فيه ، إلا انه لا وجه لتقييد صحة بيع المالك من العامل بفقدان الربح لانه يصح مع تجويز الربح أيضاً في غير نصيب العامل على أنه لا يمتنع أن يكون دخول العامل مع المالك في عقد البيع إجازة منه لبيعه نصيبه فلا يكون هناك مانع إلا شراء العامل ملكه بملكه كما في المسألة الأولى ، وأما على أصل المؤيد في أن العامل لا يملك نصيبه إلا بالقسمة فلا مانع هناك بالأصالة ﴿ **لا** ﴾ أنه يجوز للمالك بيع سلع المضاربة ﴿ **من غيره** ﴾ أي من غير العامل إلا بأذنه لأن ذلك عزل له ، وفيه نظر لأنه إنما يكون عزلا حيث لا يجوز [٢] الربح في

= للمذهب عند المصنف فأنه استدل لما بملكه التصرف دون الملك ، وقوله وإن جاز استحساناً هو في البحر قال عليه شارحه ليس في الانتصار في هذا الموضع الاستحسان ولا من أصله إثباته .

(١) **قوله** : وقيل لا يصح ، أقول : قاله أبو جعفر وفي الغيث عن شرح الابانة والكافي أنه لم يجز هذا يعني البيع منه مع عدم الربح إلا أبو العباس قال وهو خطأ مخالف للاجماع لأن الاستحسان إنما هو حصول الربح ، وأما مع عدمه فلا والمسألة إنما يقضي بها الاستحسان .

(٢) **قوله** : بحيث لا يجوز فيه الربح ، أقول : هذا يوافق عبارة المصنف الآتية آخر الفصل ، وقد حولها الاثمار إلى قوله والمال يجوز فيه الربح ، قال في الوابل إنما حذفه لأنه قد يكون غير عرض ولا يكره له عزله كأن يكون نقداً من غير جنس المال المضارب عليه أو على صفته فانه ليس له عزله مع تجويز الربح فيه اهـ والشارح أتى بعبارة المصنف ولم يتنبه لما ذكر .

العروض ، وأما قوله ﴿ **فيهما** ﴾ أي في البيع والشراء فلا حاجة اليه لأن غيره إن كان وكيلا للعامل فالشراء من وكيله كالشراء منه وإن كان فضولياً وجب أن يكون الشراء منه موقوفاً على إجازة العامل ﴿ **و** ﴾ المضاربة يجوز ﴿ **الزيادة المعلومة على مالها ما لم يكن** ﴾ مالها ﴿ **قد زاد أو نقص** ﴾ قالوا لتأدية ذلك إلى جبر خسر كل واحد من الزيادة والمزيد من ربح الآخر لكن هذه العلة إنما تتم بالنقص لا في الزيادة لأن الزيادة والمزيد عليه يصيران مالا واحداً لا خسر فيه حالها ﴿ **و** ﴾ للمالك ﴿ **الأذن** ﴾ للعامل ﴿ **باقتراض** ﴾ قدر ﴿ **معلوم** ﴾ لأنه لو كان مجهولا كانت باطلة فيكون ربحه وخسره للعامل وعليه وقد نبهناك فيما تقدم أن الشرط إنما هو علم العامل بقدر مالها لا علم المالك فتكون صحيحة مع جهله ﴿ **لها** ﴾ أي لتكون زيادة على مالها بالشرط المتقدم من عدم زيادته ولا نقصانه أما لو كان المراد الاقتراض للنفقة عليها فلا يشترط ذلك ﴿**ولا يدخل في مالها** ﴾ من السلع ﴿ **الا ما اشترى بعد عقدها** ﴾ دينا ﴿ **بنيتها او** ﴾ نقداً ﴿ **بمالها ولو**[1] **بلا نية و** ﴾ العقد في مال المضاربة بيعاً أو شراء ﴿ **لا تلحقه الزيادة والنقص بعد العقد** ﴾ بل ما فعله العامل من الأمرين فهو في خاصة ماله لأنه تبرع بحق الغير وينبغي أن يقيد كما تقدم في البيع بغير عامل المضاربة ومثله الوكيل لأن المضاربة نوع من الوكالة على أنا نبهناك فيما تقدم على ما في ذلك من نظر ، وأما قوله ﴿ **إلا لمصلحة** ﴾ فاستثناء منقطع لأن ما قابلته مصلحة ليس زيادة بل معاوضة ﴿ **و** ﴾ العامل ﴿ **لا ينعزل بالغبن المعتاد** ﴾ ولا بالفاحش إلا في صفقته فقط فيغرم للمالك ما زاد على الغبن المعتاد ، فعلى هذا لو تكرر عليه الغبن المعتاد حتى انتهى الى قدر الفاحش لزمه غرم ما زاد على المعتاد ﴿ **و** ﴾ لا ينعزل أيضاً إذا صدر منه ﴿ **شراء من يعتق على المالك** ﴾ لأنه اذا كان في حكم المحجور عنه من حيث أن موضوعها طلب الربح ، وقيل بل يصح الشراء ويضمن العامل الموسر وإلا سعي العبد سواء عتق على المالك ﴿ **او عليه** ﴾ اذا كان هناك ربح سواء ظهر الربح حال العقد أو بعده ، إلا أنهم قالوا ظهوره بعده لا يوجب ضمان العامل وانما يوجب سعاية العبد وفيه نظر لأن العاقد مسبب ولا مباشر هنا فيضمن أيضاً ﴿**أو**﴾ صدر من العامل شراء من ﴿**ينفسخ نكاحه**﴾ على المالك أو عليه لم ينعزل بل يكون الحكم حكم

---

(١) قال ولو بلانيَّة أقول : حذف الأثمار « ولو » عادلا إلى قوله بلانية قال الوابل حذفه لأن عبارة الأزهار توهم أن ما اشترى بمالها فلها مطلقاً وليس كذلك بل لو نواه لنفسه كان لها ويكون عاصياً هـ قلت إلا انه قد فات الأثمار لو نواه للمضاربة لأنه شرط فقد النية إلا انه يقال انه للعلم انه لها لا يبالي بالوهم بقوة ما يدفعه لأنه إذا كان لها مع فقد النية كان لها معها بالأولى .

من يعتق على أحدهما ﴿و﴾ لا ينعزل أيضاً إذا صدرت منه ﴿**المخالفة في**﴾ امرأ مر به لطلب ﴿**الحفظ**﴾ كترك السفر والنسية والمكان المخوف ونحو ذلك، أما لو خالف في أمر ليس الغرض من نهيه طلب الحفظ بل مجرد المنع من التصرف فيه فانه ينعزل في تلك الصفقة ثم مفهوم قوله ﴿**إن سلم**﴾ يقضي انه ينعزل مع تلف المال، ولا معنى للانعزال ح وإنما الواجب هو الضمان كما تقدم ﴿**و**﴾ لا ينعزل العامل بوقوع ﴿**اعانة المالك له في العمل**﴾ بإذنه اما بغير اذنه فينعزل ﴿**ولا**﴾ ينعزل ﴿**بعزله والمال عرض يجوز الربح فيه**﴾ بل يمهل إلى وقت مظنة الربح المعتاد كموسم على ذلك الفرض كأن يسقط حسب الصواب أو نحو ذلك.

فصل

﴿ **فصل وفسادها الأصلي** ﴾ قد عرفناك أن الفساد إنما ينشأ من فوات شرط أو ركن وكأن المصنف أراد أن الأصلي هو الناشيء من فوات [١] شرط أو ركن حال العقد فانه ﴿ **يوجب** ﴾ للعامل ﴿ **أجرة المثل** ﴾ من عمال المضاربة وح لا معنى لقوله ﴿ **مطلقاً** ﴾ لأنه إن أراد به استحقاقها وإن لم يكن هنالك ربح فهذا غير معتاد [٢] في المضاربة فلا مثل له فيها ، وأما تشبيه العمل بمقدمات الأجارة الفاسدة فقد قدمنا لك ما عليه وعرفناك أن المضاربة كالمخابرة لا يلزم رب المال شيء للعامل إلا من غلة المعمول فيه ﴿ **و** ﴾ أما فسادها ﴿ **الطاريء** ﴾ ينبغي أن يراد به ما حصل من اختلال ركن أو شرط بعد العقد فلا يكون تمثيلهم الطاريء بالمخالفة إلى التصرف في غير ما أمره بالتصرف فيه صحيحاً لأنه وإن وجب الضمان فلا وجه لأيجابه الفساد لعدم التلازم بينهما وح لا يبقى وجه للفرق بين الأصلي والطاريء بأن الأصلي يوجب أجرة المثل والطاريء يوجب ﴿ **الأقل منها ومن المسمى** ﴾

فصل وفسادها

(١) **قوله** : من فوات ، أقول نحو أن يشترط صاحب المال أو العامل قدراً من الربح لنفسه .

(٢) **قوله** : غير معتاد في مال المضاربة ، أقول : الأصل في المنافع أن لا تستهلك إلا بعوض وهذا قد عمل في مال المضاربة عملا يستحق معه عوضاً لو كان غير مضارب فيستحقه مع المضاربة إذ ليست مانعاً عن مقتضى ذلك الأصل ، وأقرب ما يقدر له أجرة مثله ، وفي نهاية المجتهد ذكر اختلاف كثير في ذلك وتفاصيل يطول سردها في هذه التعليقة لا سيما ولم يرجع إلى دليل نقلى إلا أنه لم يفرق بين الفساد الأصلي والطاريء .

لأنها قبل الفساد صحيحة يستحق بها المسمى وبعد الفساد يستحق أجرة المثل إذ الفساد سبب واحد لا يختلف حكمه بالتقدم والتأخر ، ولهذا قال الشافعي ومحمد يستحق أجرة المثل فيهما ثم الاستحقاق إنما يكون ﴿ **مع الربح فقط** ﴾ وإلا فلا شيء لما عرفناك من كونها كالمخابرة ﴿ **و** ﴾ أما قوله إن الفساد الأصلي والطارىء ﴿ **يوجبان الضمان** ﴾ فمما لا وجه إلا توهم كونهما يصيران العامل كالأجير المشترك ولا جامع ولأن تضمين الأجير المشترك مخالف للقياس من حيث إنه تضمين للأمين رعاية لحفظ الأموال لا لفساد الاجارة ، وإنما الضمانة عند ارتفاع الأمانة والفساد لا يوجب ارتفاعها ، ولكن المصنف لما مثل الفساد الطارىء بالمخالفة جعله سبباً للضمان وذلك وإن تم له في المخالفة لم يتم له في الفساد لغيرها ﴿ **إلا** ﴾ الضمان ﴿ **للخسر** ﴾ بغير غبن فاحش فانه لا يتعلق به لأنه غالب .



فصل

﴿ **وتبطل** ﴾ **المضاربة** ﴿ **ونحوها** ﴾ من الايداع والاعارة والشركة ﴿ **بموت** ﴾ ﴿ **المالك** ﴾ أو نحوه من اللحوق بدار الحرب أو الجنون ﴿ **فيسلم العامل** ﴾ إلى وارث المالك ﴿ **الحاصل من نقد أو عرض تيقن أن لا ربح فيه** ﴾ والتسليم يجب ﴿ **فوراً وإلا ضمن** ﴾ لأنه بأمساك مال الوارث بغير إذنه صار [1] غاصباً ﴿ **ولا يلزمه** ﴾ للوارث ﴿ **البيع** ﴾ للسلع التي لا ربح فيها ﴿ **و** ﴾ أما ما فيها ربح فانه ﴿ **بيع بولاية** ﴾ من الورثة والحاكم ﴿ **ما فيه ربح** ﴾ وقال أبو العباس لا يحتاج إلى ولاية ، أما الحاكم فلأنه لا ولاية له إلا على مال الغايب والمتمرد ومن لا ولي له وأما الوارث فلأن عقود الميت تلزمه لأنه

فصل وتبطل ونحوها

(١) **قوله** : صار غاصباً ، أقول : عبارة الغيث لأنه يصير كالغاصب ، وفي البحر لأنه غير مأذون بالامساك ، قال عليه المنار هذا لا يكفي في تضمينه لأنا نقول ليس له يد حقيقة وإنما هو كما ألقاه طائر أو ريح ، وقد مضى في الاجارة مثل هذا اهـ وسيأتي مثله للشارح آخراً وقد استثنى الأثمار من أحكام الغصب أن ما لم يتمكن الوارث من الرد فأنه لا يثبت له حكم الغصب مع أن الغاصب ضامن وان لم يتمكن من الرد .

ايجاب من أهله في محله ، والموت بعد ذلك لا يصلح مفسداً كالوصية ﴿ و ﴾ العامل ﴿ **لا يلزمه التعجيل** ﴾ لبيع ما فيه ربح بل يمهل كما تقدم ﴿ و ﴾ تبطل المضاربة ﴿ **بموت العامل و** ﴾ لكن ﴿ **على وارثه** ﴾ للمالك ﴿ **وله** ﴾ على المالك ﴿ **كذلك** ﴾ أي مثل ما على العامل لو مات المالك من الحفظ والرد لما لا ربح فيه فوراً والا ضمن وارث العامل ، ولوارث العامل على المالك مثل ما للعامل لو مات المالك من أنه لا يلزمه بيع السلع التي لا ربح فيها ولا تعجيل بيع ما فيه ربح ، وقيل الصحيح أن لا عهدة في الحفظ والرد على وارث العامل لأنه لا سبب منه لذلك لأن دخول المال إلى يده بغير اختياره إلا ان ينقلوه وجب عليهم الحفظ ، والرد بعد النقل وإلا ضمنوا كاللقطة ﴿ **فان أجملها** ﴾ العامل ﴿ **الميت** ﴾ أي أقر بأن عنده لفلان كذا وكذا مضاربة غير معين ذلك في عين مخصوصة ولا جنس مخصوص ﴿ **فدين** ﴾ لا أمانة بمعنى أن مالك مال المضاربة يكون أسوة الغرماء ، وقال القاسم بل يقدم دين الغرماء لأن الظاهر في كل جنس وعين أنه مال العامل وغرماؤه أحق به ، وقال مالك والشافعي بل لا شيء في ماله لمال المضاربة أيضاً لأن التباس عينها وجنسها منع من تسليمها ، قلنا لا يمنع كالخلط وسيأتي ﴿ **وإن أغفلها** ﴾ أي لم يذكرها بنفي ولا إثبات ﴿ **حكم** ﴾ فيها ﴿ **بالتلف** ﴾ أو الرد إن قامت بينته على أنها كانت عنده وقال المؤيد بالله بل الأصل البقاء في يده فالبينة على الوارث بالتلف أو الرد لأن امانة العامل قد بطلت بالاغفال لأنه جناية أو تفريط ، قلنا لو لم يكن هناك محمل للاغفال يرفع الجناية والتفريط ويجوز [1] أنه إنما أغفلها لبراء ذمته منها بأي سبب من رد أو تلف بغالب ولا يجب عليه الاخبار ببراءة ذمته ﴿ **وإن أنكرها الوارث فادَّعى تلفها معه فالقول** ﴾ مع يمينه ﴿ **لا** ﴾ إذا ادعى الوارث أنها تلفت ﴿ **مع الميت أو** ﴾ ادعى الوارث ﴿ **كونه** ﴾ أي الميت ﴿ **ادعاه** ﴾ أي التلف ﴿ **فيبين** ﴾ الوارث على ذلك لأنها شهادة لنفسه لا إنكار ﴿ و ﴾ اذا اختلف المالك والعامل كان ﴿ **القول للمالك في**

---

(١) قوله : ويجوز إنه إنما أغفلها لبراءة ذمته ، أقول : هذا التجويز لا يوجب الحكم بالتلف وإلا لعورض ما قد ثبت بالاحتمالات ، وعلل في البحر الحكم بالتلف حملا على السلامة قال المنار هذه العلة من نمط قول الحنفية الأصل العدالة إلى أن قالت فكان أقرب منه أن يقال معنا أصل أقوى منه وهو أن الأصل بقاء المال ، وقد لا يكون مفرطاً بالترك بأن يترك لمانع من نسيان أو غيره مما يغلب المرء فيكون المؤيد قول المؤيد وفي الغيث « تنبيه » أما لو كان إقراره بهاقبيل الموت بوقت يسير لا يجوز فيه رد ولا تلف فاتفاق أن الظاهر البقاء إلى بعد الموت فلو أراد رب المال يحتاط أشهد العامل أنه إن مات ولم يذكر رداً ولا تلفا أن قول المالك مصدق في بقاء ماله وتكون هذه وصية عند المؤيد وأبي طالب .

كيفية الربح ﴾ الصواب أن يقال في كيفية قسمة الربح لأن العادة تقضي بأن العامل يدعي الزيادة والأصل عدمها ﴿ **و** ﴾ في ﴿ **نفيه** ﴾ أي الربح لأن الأصل عدمه لكن لا يحكم بعدمه إلا ﴿ **بعد** ﴾ قول العامل ﴿ **هذا مال المضاربة** ﴾ فلا يقبل قوله ﴿ **وفيه ربح** ﴾ وفيه نظر لأن مال المضاربة يشمل [١] أصله وربحه ﴿ **وفي أن المال قرض** ﴾ فلا يلحقه الخسر ﴿ **أو غصب** ﴾ فيضمن التالف إلا أن كون القول قول المالك في الغصب إنما يتمشى على أن [٢] الأصل في دار الاسلام الفسق وهو خلاف رأي المصنف ومن تبعه ﴿ **لا** ﴾ إذا ادعى المالك انه ﴿ **قراض** ﴾ أي مضاربة ، وقال العامل بل قرض فان القول قول العامل لأن المالك [٣] كمدعي الزيادة ﴿ **و** ﴾ القول ﴿ **للعامل في رد المال وتلفه** ﴾ لأنه أمين لكنه لا يكون أميناً إلا ﴿ **في الصحيحة فقط** ﴾ وقد عرفناك أن لا تنافي بين الفساد والأمانة لأن الأمانة تثبت مع عدم العقد والضمانة تثبت مع الصحة كما في ضمان البائع قبل التسليم ﴿ **و** ﴾ كذا القول للعامل ﴿ **في قدره** ﴾ أي في قدر مال المضاربة لأن العامل يدعي الأقل في العادة

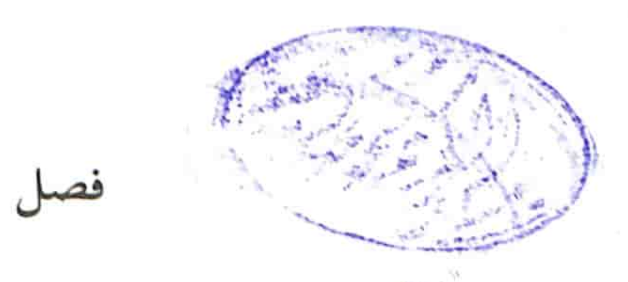
---

(١) **قوله** : يشمل أصله وربحه ، أقول : لو شمل ربحه لما قال وفيه ربح وان جعل للتأكيد فالتأسيس خير من التأكيد وفي الغيث أن العامل لما قال هذا مال المضاربة كان إقراراً ، فأن المال كله للمضاربة ، وقوله وفيه ربح رجوع عن هذا الاقرار فلا يصح رجوعه عنه إن لم يصدقه المالك .

(٢) **قوله** : على أن الأصل في دار الاسلام الفسق ، وهو خلاف رأي المصنف ، أقول : أي الأصل في المسلمين الفسق وقد اختلف هل الأصل العدالة أو الفسق ظاهر كلام المصنف في المعيار أن الأصل الفسق فانه قال مسألة ولا يقبل خبر مسلم مجهول العدالة الحنفية ، يقبل ، قلنا لا يؤمن فسقه ولا يظن صدقه . وهذا الذي قاله معنى كون الأصل الفسق ، ويأتي له في الشهادات انه يشترط في الشاهد ظن العدالة ، وقد قال هنا انه لا يؤمن فسق المسلم المجهول فلا يؤمن فسقه فلا يظن فسقه فظن عدم عدالة الشاهد لا يكون في مجهول العدالة وهو معنى أن الأصل الفسق ويأتي للشارح هناك أن هذا هو الحق ويستدل له ويأتي البحث معه فقوله هنا إن كون الفسق الأصل خلاف رأي المصنف فتدبر .

(٣) **قوله** : لأن المالك كمدعي الزيادة ، أقول : في هذا توقف لأن الأصل في الناس أنهم لا يخرجون أموالهم إلا لينالوا بها ربحاً فهذا الأصل لا يعارضه كونه كمدعي الزيادة إذ الكلام هنا في كون المال قرضة أو قراضاً فقد تصادقا أن المال لزيد ، والأصل أنه لا يخرجه إلا لطلب الربح ، وأما كون فيه ربح أولا فقد قلتم إن القول قول العامل أي في هذه الزيادة التي هي الربح ، وقد قلتم ان القول قوله أيضاً في الخسر مع انه نقص من المال والأصل عدمه فلينظر ، وأحسن ما يرجع فيه إلى القراين في أحوال الناس .

والقول قول مدعي الأقل إذ الأصل عدم الزيادة ﴿ و ﴾ القول للعامل ﴿ في خسره [١] وربحه ﴾ لأنه أمين [٢] ﴿ و ﴾ القول للعامل ﴿ في أنه ﴾ أي الربح حاصل ﴿ بعد العزل ﴾ ليستبد به [٣] في مقابلة الضمان إذ الخراج بالضمان لأنهما قد تصادقا على العزل والأصل عدم كون الربح قبله ، وقلب الدليل بأنهما قد تصادقا على الربح والأصل عدم كونه بعد العزل ﴿ وفي نفي القبض ﴾ لمال المضاربة ﴿ و ﴾ في نفي ﴿ الحجر مطلقاً ﴾ في صحيحه وفاسده إذ الأصل عدم الأمرين ﴿ و ﴾ القول ﴿ لمدعي ﴾ كون ﴿ المال وديعة منهما ﴾ إذ الضمان زيادة والقول قول منكرها .



فصل

﴿ وإذا اختلطت فالتبست أملاك الأعداد ﴾ لا ملك الواحد إلا ان خالطه إذا كان متعدياً ضمن أرش ما نقص بالخلط ﴿ أو ﴾ اختلطت ﴿ أوقافها ﴾ أو نحوها من الحقوق والزكوات ﴿ لا بخالط ﴾ [٤] تضمن جنايته ﴿ قسمت ﴾ تلك المختلطات على رؤوس

---

(١) **قال** : وفي خسره أقول : في الأثمار جعل الخسر في حكم التلف والرد في تقييده بالصحيحة لأنه الموافق لما في التذكرة وشرحها وسائر الكتب وذلك لأنه كالأجير المشترك وقد تقدم أنه لا يقبل قوله في التلف والنقص بل يبين ولم يذكر ان حكم الاختلاف في الخسر حكم الاختلاف في القدر ، الا الامام المهدي في الأزهار والبحر ووجهه أن الأصل براءة الذمة وذلك غير مستقيم .

(٢) **قوله** : لأنه أمين ، أقول : لو كان علة لهذا الحكم لزم أن يكون القول قوله مطلقاً .

(٣) **قوله** : ليستبد به في مقابلة الضمان ، أقول : علل في الغيث ذلك بقوله لا وقت أَوْلىٰ من وقت ، قلت : هذه العلة كثيراً ما يعللون بها كقولهم تقدم البينة المطلقة لأنه لا وقت أَوْلىٰ من وقت ، وتقدم للشارح أنه حمل للمطلق على بعض أفراده لا عن دليل ، قلت ويقال لهم أيضاً قولكم يحكم بأقرب وقت حكم منكم بأولية الوقت الأقرب ينقض ما جعلتموه دليلا للمسألة .

فصل واذا اختلطت .

(٤) **قال** : لا بخالط ، أقول : بل خلطها ريح أو سيل أو اختلطت بأنفسها كالبهايم والنحل ولو في بيت

المختلطات لا على رؤوس ملاكها ، وإلا لزم أن لو خلط السيل موضعاً لتسعة نفر بموضع لواحد أن يقسم المختلط أعشاراً وليس كذلك بل يقسم نصفين على رأس المختلطين ﴿ **ويبين مدعي الزيادة والفضل** ﴾ في أحد المختلطين لأن ذلك هو العدل ، لكنه إنما يتم على تقدير جهل مطلق الزيادة أما لو علمت زيادة مطلقه في أحدهما وإنما المجهول قدرها لم يكن لما ذكر وجه في العدل ﴿**إلا ملكاً**[(١)]﴾ اختلط ﴿**بوقف قيل أو وقفين**﴾ أحدهما ﴿**لآدمي و**﴾ الآخر ﴿ لله **فيصيران** ﴾ أي الملك والوقف أو الوقفان ﴿ **للمصالح رقبة الأول** ﴾ وهو الملك والوقف ﴿ **وغلة الثاني** ﴾ وهو الوقفان .

قال المصنف[(٢)] إذ لا يصح المراضاة في الوقوف يريد أن القسمة في غير متفق المثلى بيع

= أحد المالكين فالاختلاط على هذه الصفة لا يزيل الملك بل الحكم فيه ما ذكر من القسمة وعدل الأثمار الى لفظ التبست أملاك الاعداد ونحوها ، قال الوابل هذه العبارة أتم من عبارة الأزهار لأنه يدخل فيها جميع أنواع الالتباس سواء كان بخلط أو بغيره ولأنه دخل فيها نحو الأوقاف والزكاة والفطرة والكفارة .

(١) قال : إلا ملكاً بوقف إلى قوله فيصيران للمصالح أقول : ليت شعري ما هو الدليل الذي قهرنا حتى أوجب أن يخرج الآدمي المعصوم ماله القطعي الحرمة الذي لا يخرجه عن ملكه إلا رضاه وطيبة نفسه أو أمر الشارع باخراجه عنه كبيع الحاكم عنه لقضاء ديونه ونفقة من يجب إنفاقه عليه مع تمرده ثم رقبة الوقف ملك لله تعالى لا يخرجها عنه شيء ، فان كان جعله للمصالح رجوعاً إلى أنه صار لله تعالى فوجب إنفاقه في مصالح عباده ، فهذا تقديم لحق الله تعالى على حق الآدمي وقد قرروا أن دين الآدمي يقدم على دين الله تعالى كما هو قول الأخوين وخرجاه ليحيى ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه فكيف جعلتم هنا حق الآدمي لله تعالى مع تقديم حق الآدمي في الدين الذي لله تعالى المحقق ، وأما هنا فهو ملتبس حقه تعالى بحق الآدمي ، وهلا قلتم يقسم على الحصص ؟ وأما قولكم إن القسمة بيع فكلام باطل يأتي بيان بطلانه في باب القسمة ، وإنما اشتركا في لوازم وما كلُّ مشتركين في لوازم يكونان مثلين من كل وجه ، وإلاَّ لزم ان يكون الانسان هو الجمل مثلا لاشتراكهما في التحييز والجمسية والحيوانية وبالجملة فبطلان هذا الدليل أوضح من أن يوضح فيا للعجب كيف يؤخذ ملك الآدمي المعصوم ماله المعلوم تحريمه قطعاً بهذه الشبهة التي لا تساوي فلساً ؟ فالحق قسمة ما وقع فيه الاختلاط فأن كانت كل حصة معلومة قبله فظاهر وإن كانت مجهولة رجع إلى التحري وغلب حق الآدمي على رقبة الوقف إذ مالكه أغنى الاغنياء والعباد هم الفقراء إلى الله وإلا سلكت طريقة التحويل التي يرجعون إليها في مسائل الالتباس .

(٢) قوله : قال المصنف اذ لا يصح المراضاة ، أقول : المصنف قال هذا تعليلاً للقيل الذي ضعفه وهو لأبي مضر ، قال لأن الوقف لا يصح التراضي على مصيره ملكاً لأنه لا يباع ، فلهذا صار جميعاً =

والبيع إنما يكون بالمراضاة ولا يباع الوقف وفيه نظر فان القسمة لا يشترط فيها المراضاة ولهذا يجبر الحاكم الممتنع عنها ويأخذ نصيبه بالسهم وإن خالف مراده ولأنه إذا ملكه الخالط بالتعدي كما سيأتي وهو أخذ له بالباطل فبالحري أن يملكه من تعلق له بمقاسمته حق صحيح والوقف لا يمتنع بيعه على الاطلاق بل يصح في بعض الحالات كما سيأتي ان شاء الله وأشار المصنف بلفظ القيل إلى ضعف كون الوقفين كالملك والوقف لأن المانع في الملك والوقف إنما هو وجوب قسمة العين ليتصل المالك بعين ملكه ، والقسمة بيع والوقف لا يباع ، وأما الوقفان فانما تقسم الغلة وهي تباع فلا محذور[١] في قسمتها ﴿و﴾ هذا فيما كان الاختلاط لا بفعل خالط متعد فان كان ﴿ **بخالط متعد** ﴾ أي ضامن للجناية ولو قال[٢] كذلك لكان أولى لأن التعدي أخص ـ من الضمان ومن ضمن متعد يا كان أو مخطئاً ﴿ **ملك القيمي ومختلف المثلى** ﴾ وقال المؤيد والامام يحيى والشافعي لا يملكهما ، وأجاب[٣] المصنف بأن اللبس إزالة للعين فكان كاتلافها ﴿و﴾ ح ﴿ **لزمته الغرامة** ﴾ لمثل المثلى وقيمة القيمي .

وأجيب بمنع أن اللبس إزالة للعين ، قلنا بل القسمة تستلزم زوال بعضها ، قالوا

= للمصالح ثم اعترضه قال والأولى القسمة ولا يصير للمصالح وهذا هو القوى وقد أشرنا الى ضعف كلام الفقيه س بقولنا قيل انتهى وقد طول في ذلك بما هذا المراد منه .

(١) **قوله** : فلا محذور في قسمتها أي الغلة ، أقول : قد قال كذلك في الأثمار ، واختاره المنار وقال لا أدري ما صدهم عنه الا ان يكون قادهم صورة الاستهلاك الحكمى فليس ببعيد لانهم أخرجوا الشيء عن موضعه فيها فأخرجوه هنا .

(٢) **قوله** : ولو قال كذلك ، أقول : قال كذلك الأثمار فانه قال ويضمن ولم ينبه الوابل على نكتة العدول ولا أظنها الا ما ذكره الشارح وبمثله عبر الفتح .

(٣) **قوله** : وأجاب المصنف ، أقول : لفظه في البحر استدل المؤيد ومن معه بأن العين متعينة في علم الله تعالى فعينها اولى من دفع العوض ليصل اليه بعض عين ماله فأجاب المصنف بقوله قلت ما لم يتميز عن حق غيره فالعوض أعدل قال عليه المنار هذا احتجاج بنفس المذهب والخصم يقول منع العين أو بعضها والتعويض عنها بغير رضى المالك جور ثم غايته ان يصير المالان مثل ما لو خلطهما المالكان فيقتسمان ويبين مدعى الزيادة في العين أو في الصفة ، ولكن أصل مسألة الاستهلاك الحكمى متحكمة ، وهذا في هذا الموضع من صور الغلو فيها وما أنسب هذا بأغراض الفسقة وقد أعجبتهم أملاك غيرهم التي لا يتوصل اليها بالشراء ان يملكوها فيخلطوها ويعطوا عوضها وعلى الجملة فهي مقالة غريبة لم تتشبث بشبهة تروج في سوق النظر . والشارح قد جنح الى مثل كلامه وهو الاقوى في

الأزالةما كانت لا إلى بدل وهنا إزالةببدل ولو سلم فغايته غاصب يلزمه أرش النقص اليسير ويخير المالك في الكثير بين العين مع أرش نقصها وبين قيمتها غير منقوصةلكن القيمةوالأرش هنا غير معلومين لأن العلم بهما فرع العلم بالمقوم، والفرض أنه مجهول العين وإن أريد قيمة المقسوم لو قسم فاستحقاق قيمته فرع استحقاقه وإذا كان مستحقاً فلا وجه لتمليك الخالط ﴿و﴾ أما القول بأنه يملك بمجرد الخلط ثم ﴿ **يلزم** ﴾ بعد ملكه ﴿ **التصدق بما خشي فساده قبل المراضاة** ﴾ للمالك فسرف[1] في السرف لأنه إن أريد[2] بالمراضاة تسليم العوض بمعنى أنه لا يستقر ملكه إلا بتسليمه لزم أن يكون التسليم جزءاً من سبب الملك فلا يكون مجرد الخلط موجباً لملكه وهو[3] عود على المدعى بالنقص وإن أريد بالمراضاة طلب رضى الملاك بتمليكه المخلوط فذلك اعتراف بعدم انتقال ملكهم الى ملكه وذلك أظهر في نقض الدعوى ،

---

(١) **قوله** : فسرف في السرف ، أقول : في القاموس السرف ضد القصد والاغفال والخطأ ومراد الشارح ان الحكم الاول وهو ملك القيمى ومختلف المثلى سرف لما بينه من انه خالف ما قام عليه الدليل والقصد هو اتباع الدليل لانه الذي أمر الله تعالى به ان الله يأمر بالعدل وهو القصد فقول المصنف انه يتصدق بما خشى فساده قبل المراضاة سرف نشأ عن السرف الاول فكلام الشارح حسن .

(٢) **قوله** : لانه ان أريد بالمراضاة تسليم العوض ، أقول : هذا غير مراد بل الطرف الآخر من الترديد مراده ومؤلف الاثمار اختار الطرف الاول فقال ويتصدق بما خشى فساده قبل الغرامة ، قال في شرح الفتح وأما المؤلف فقال ان مجرد الرضى لا يكفي بل لا بد من دفع العوض اذ فيه شائبة المظلمة وعلل البحر وجه وجوب التصدق بما خشى فساده بانه ملك من وجه حظر ، قلت ولا يخفى ان هذه العلة تقتضي وجوب التصدق بما خشى فساده وغيره وفي الغيث عن أبي حنيفة وأصحابه وأبي العباس والناصر أنه لا يطيب بحال بل يجب التصدق به ، وقوله ملك من وجه حظر عبارة باطلة لان الشارح لا يأذن الا بملك ما يسوغ ملكه وتملكه وما كان محظوراً فهو ممنوع عن استيلاء المكلف عليه بل وجه ايجاب التصدق بما يخشى فساده كون ترك الصدق به اضاعة مال لا يجوز فيتصدق به على نية مالكه ، وذلك من باب وجوب التعاون على البر والتقوى ولانه صلى الله عليه وآله وسلم تصدق بلحم الشاة لخشية فساده ويكون أجر الصدقة لمالكها .

(٣) **قوله** : وهو عود على المدعى بالنقض ، أقول : فان المدعى كون الخلط مملكاً وقولهم لا يطيب الا بعد المراضاة قاض بأنه ليس بمملك وهو نقض لا ادعاء انه مملك وعلم أن المصنف نسب ما في الأزهار الى الكنى ثم أورد عليه أن لقائل أن يقول اذا كان الخلط استهلاكاً عندك فقد ملكه الخالط فيجوز له كل التصرف وان لم يكن استهلاكاً عندك فقد أدعى الاجماع على أن خلط القيمى استهلاك ، وله ان يجيب أنه استهلاك لكن الملك غير مستقر حتى يأخذ صاحبه العوضى أو يرض بالتصرف ولقائل أن يقول فما =

ولهذا قال القاضي زيد[1] يجوز له قبل المراضاة كل تصرف ﴿و﴾ هذا في القيمي ومختلف المثلي ، أما المثلي المتفق فاذا خلطه لم يملكه بالخلط وإن ﴿ ضمن ﴾ جناية ما أعنت الخلط ، وأما أنه يضمن مثل ﴿ المثلي المتفق ﴾ ضمان الغصب فانما يتمشى على تقدير أن الخلط أثبت يده عليه وعلى قسمته وأنه تلف في تلك الحال فلا وجه لاطلاق الضمان وإهمال شروطه ﴿و﴾ أما أنه إذا ضمن مثله ﴿ قسمه ﴾ فلأن الخلط جناية منه يجب عليه إزالتها أو أرش ما أعنته فاذا كان جاهل المقادير المخلوطات كان العمل ﴿ كما مر ﴾ من كون القسمة على الرؤوس ومن ادعى الزيادة بين .

= فائدة الملك ح ويمكن أن يقال فائدته لو أتلفه متلف كانت قيمته للمستهلك الخالط لا للمالك الأول قلت وقد ألَمَّ بما أورده الشارح وأراد التخلص مما لا يتم به ذلك كما لا يخفى وتلون الأحكام مما يقوى أنه لا يملك بحال .

(١) **قوله** : قال القاضي زيد ، أقول لأنه قائل بأنه يملك بمجرد الخلط ولا حكم للمراضاة في الملك قال في شرح الفتح ومنشأ هذه المسألة وأشباهها خبر شاة الأسارى ، فقال أبو طالب والكنى أنه صلى الله عليه وآله وسلم انما أراد بالتصدق بها لما لم تحصل المراضاة لأهلها وقال أبو العباس والمنصور وأبو حنيفة لا تطيب رأساً بل يتصدق بها قبل المراضاة وبعدها ولذا أمر بالتصدق بها وقال المؤيد والناصر والشافعي لا يملك بحال وانما تصدق بها صلى الله عليه وآله وسلم لعدم المالك وخشى فسادها وقال القاضي زيد قد حصل الملك فلا يجب مراضاة وانما تصدق بها كراهة ذلك قلت ولفظ الحديث كما أخرجه أحمد وأبو داود والدار قطني عن عاصم بن كليب عن أبيه أن رجلاً من الانصار أخبره قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده صلى الله عليه وآله وسلم ووضع القوم فأكلوا فنظرنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يلوك لقمة في فمه ثم قال أجد لحم شاة أخذت بغير اذن أهلها فسألت المرأة فقال يا رسول الله اني أرسلت الى البقيع يشتري لي شاة فلم أجد فأرسلت الى جار لي قد أشترى شاة أن أرسل الى بقيمتها فلم يوجد فأرسلت الى امرأته فأرسلت بها الى فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أطعميه الأسارى ويأتي للشارح في كتاب الغصب أنه مشكل في شرح قوله قيل ويملك ما أشترى بها ويأتي لنا أنه لا اشكال فيه .

كتاب[١] الشركة

﴿ هي نوعان ﴾ أحدهما أن تكون ﴿ في المكاسب ﴾ جمع مكسب مصدراً بمعنى الكسب لأن أحد الشريكين يعمل عنه وعن صاحبه فالعمل مشترك ويلزم منه الاشتراك في ثمرته ﴿و﴾ ثانيهما أن تكون في مجرد ﴿ الأملاك فَشرَكُ المكاسب أربع ﴾ أحدها ﴿ المفاوضة وهي ﴾[٢] في الأصل الاشتراك في كل شيء والمساواة ، وفي اصطلاح أهل المذهب ﴿ أن يخرج[٣] حران مكلفان مسلمان أو ذميان جميع نقدهما السواء جنساً وقدراً ﴾ قبل وصفه ﴿ لا فلوسهما ثم يخلطان ﴾ ما أخرجاه ﴿ ويعقدا ﴾ المفاوضة في التجارة بلفظها لا بلفظ الشركة لأن الأعم لا يدل على الأخص فعلى هذا هي من (أ) المعنى[٤] الثاني في اللغة أعني المساواة (ب) لاشتراط التساوي في المتعاقدين والمالين ، وبه امتازت عن العنان وغيرها ، أما اشتراط حرية المتعاقدين فخالف فيه

---

(١) **كتاب الشركة** أقول : بكسر المعجمة للحالة كالجلسة وبالضم اسم للشيء المشترك كذا في الوابل وفي الامداد بكسر فسكون أو فتح فكسر أو سكون جمعها شرك بكسر ففتح ، وهو لغة الاختلاط شيوعاً أو مجاورة ، وشرعا ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع ، والاصل فيها قبل الاجماع اخباره صلى الله عليه وآله وسلم بعد البعث بشركة السايب بن يزيد قبله وقوله صلى الله عليه وآله وسلم «يقول الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فاذا خانه خرجت من بينهما» قلت وحديث «يقول الله تعالى الخ» أخرجه ابو داود ويأتي للشارح تخريج حديث السايب بن يزيد .

(٢) **قوله** : هي في الاصل الاشتراك في كل شيء والمساواة ، أقول في القاموس المفاوضة الاشتراك في كل شيء كالتفاوض والمساواة والمجاراة في الأمر وهو مثل كلام الشارح وفي الغيث هي مشتقة من المساواة لاستوائهما في ملك النقدين أو من التفويض لان كل واحد منهما فوض صاحبه .

(٣) **قال** : ان يخرج ، أقول : عدل الأثمار الى قوله يحضر قال في الوابل انما عدل عن عبارة الازهار لكون الاحضار أصرح في المقصود من الاخراج وحذف «جنساً وقدراً» ، قال شارحه لدخول ذلك في معنى السواء .

(٤) **قوله** : من المعنى الثاني ، أقول : أو من الأول لأنها اشتراك أيضاً .

(أ) وفي نسخة على

(ب) وفي نسخة واشتراط

الجماهير ، لنا لو كانا عبدين أو أحدهما ـ ودين المعاملة يتعلق برقبة العبد ـ لاختل التساوي في المال ، أما مع اتفاقهما في العبودية فلتفاوت القيمتين في الغالب ، وأما مع كون أحدهما فقط عبداً فظاهر ورد بأن الشركة لا تتعلق بعروض العاقد الباقية في يده فضلاً عن تعلقها برقبته أو قيمتها ولو تعلقت الشركة بما تعلق به دين المعاملة لوجب أن لا تصح الشركة مع حر يملك عرضاً لأن دين معاملته تتعلق بعروضه تعلقه بنفوذه ، وأما اشتراط تكليفهما فلأن التفويض لا يصح من الصبي ورد بأن[1] الكلام في المأذون فاذا أذن له في عقد المفاوضة فقد أذن له في التفويض وأما اشتراط تساويهما في الملة فلأن اختلافهما يستلزم تصرف الكافر فيما لا يستجيزه المسلم ورُدَّ بما[2] تقدم من جواز معاملة الظالم فلا نكرره، وأما اشتراط كون المخرج هو جميع نقد كل واحد منهما فلا وجه له إلا توهم أن اشتراط المساواة في مال الشركة يستلزم المساواة في غيره وهو هوس[3] لا اجتهاد لاستلزامه تجرد كل واحد منهما عن ملك شيء غير مالها عرضاً كان أو نقداً فالوجه حمل كلام الهادي على أن المراد بجمع النقد جمع النقد الذي يتجر فيه كل واحد منهما لأن نقد تجارته لو كان زائداً على نقد تجارة الآخر لكانت عناناً لا مفاوضة ، وأما توهم أن ملك أحدهما لنقد زايد يصيرها عناناً فافتراقها إنما هو لصحة التفاضل في مال العنان دون مالها ، ولو اعتبرنا فيها عدم التفاضل في مطلق مال المتعاقدين لاستحال[4] وجودها استحالة عادية فكان

---

(١) **قوله** : ورد بأن الكلأ في المأذون ، أقول : لم أجد في البحر ذكر من خالف في الصبي ولا في غيره فلا أدري من الراد .

(٢) **قوله** : ورد بما تقدم من جواز معاملة الظالم ، أقول : جواز معاملة مختلف الملة رأي الجمهور وقد بوب البخاري بجواز مشاركة الذمي ومشاركة المشرك للمسلمين وذكر حديث خيبر وقد تقدم في المزارعة ، قال شارحه وهو ظاهر في الذمي وألحق المشرك به لأنه اذا استأمن صار في حكم الذمي وقد خالف في الجواز الثوري والليث واسحاق وأحمد ، وحجتهم خشية ان يدخل في مال المسلم ما لا يحل كربى وثمن الخمر والخنزير واحتج الجمهور بعاملة النبي صلى الله عليه وآله وسلم يهود خيبر فاذا جاز في المزارعة جاز في غيرها ولمشروعية أخذ الجزية منهم مع ان اموالهم فيها ما فيها وقد بسطنا القول في رسالة مستقلة .

(٣) **قوله** : هوس ، أقول : في القاموس الهوس بالتحريك ضرب من الجنون .

(٤) **قوله** : لاستحال وجودها ، أقول : وذلك لانه لا يكاد يتفق شخصان في أعيان ما يملكه كل واحد منهما عادة وفي نهاية المجتهد ان أبا حنيفة يرى ان من شرط المفاوضة التساوي في رؤوس الاموال ، وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيهاً بشركة العنان وظاهر كلام النهاية أنه لم يقل أحد بأنه لا بد من =

الاشتغال بتدوين أحكام المحال مما لا يعني المسلم فضلاً عن العالم فضلاً عن الشارع ، وأما اشتراط كون نقدي مالها سواء في الجنس والقدر فمبني على أن المفاوضة بمعنى المساواة لا بمعنى الاشتراك كما هو الأصل وإن أراد المساواة في المال لا مساواة كل وصاحبه بنفسه في أن له ماله وعليه ما عليه ، وأما اشتراط كون النقد غير فلوس فلأنها مظنة الاختلاف كالعروض ، وقال أبو طالب ومحمد تصح بالفلوس ومالك والبتي بالعروض مطلقاً والمزني بالمثليات فقط .

قلنا لا يتحقق التساوي في غير النقدين وهو شرط كونها مفاوضة وإلا عادت عناناً وهو غير محل النزاع إلا أن يبيع كل منهما نصف عرضه حال العقد من صاحبه ويشتركا في الثمن وإن لم يتقابضا لأن كل واحد يصير وكيلاً لصاحبه بالقبض من نفسه والتصرف وحَ يتحقق التساوي وأما اشتراط الخلط فقال الشافعي والجويني والغزالي والمروزي والاسفرائيني ليس بمعتبر بأنها إنما تفارق العنان بعدم اعتبار الخلط فيها إذ ليست إلا مجرد تراضيهما على مشاركة كل واحد منهما لصاحبه في غنم ماله وغرمه ، وقال بعضهم[1] لا أعلم شيئاً باطلاً في الدنيا إن لم تكن المفاوضة باطلة ، قلنا حديث « إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة » ، قالوا لا أصل له في الصحة ولو سلم فالمفاوضة لغة الاشتراك فالمراد بها مثل ما أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم وصححه من حديث السايب[2] بن أبي السايِب صيفيّ بْن ِ عابد » أنه كان شريك النبي صلى الله عليه

= اخراج كل واحد منهما كل نقده بل المراد ان من قال بالتساوي هو التساوي في المالين اللذين يخرجان للتجارة كما تأول به الشارح كلام الهادي وهو المتعين ، وفي فتح الباري قال ابن بطال ان الشركة الصحيحة ان يخرج كل واحد منهما مثل ما أخرج صاحبه ثم يخلطان ذلك حتى لا يتميز ثم يتصرفا جميعاً الا ان يقيم أحدهما الآخر مقام نفسه واجمعوا على ان الشركة بالدراهم والدنانير جايزة ، لكن اختلفوا اذا كانت الدنانير من أحدهما والدراهم من الآخر فمنعه الشافعي ومالك في المشهور عنه والكوفيون الا الثورى .

(١) **قوله** : وقال بعضهم ، أقول : في الامداد شرح الارشاد أن الثلاثة الأنواع باطلة غير العنان لكثرة الغرر فيها سيما المفاوضة ومن ثمت قال الشافعي ان لم تكن المفاوضة باطلاً فلا باطل أعرفه في الدنيا ولا أعرف القمار الا هذا أو أقل منه وفي نهاية المجتهد عد الانواع اربعة ثم قال واحد متفق عليه منها وهو شركة العنان وان كان بعضهم لا يعرف هذا اللفظ ، وعلم أن الشافعي انما قال بأنها باطلة لما فيها في الغرر كما علله في السراج الوهاج شرح المنهاج لا لما ذكره الشارح .

(٢) **قوله** : السايب بن ابي السائب الخ ، أقول : قوله صيفي بدل من أبي السائب لانه اسمه وهو بفتح الصاد المهملة وسكون التحتية وكسر الفاء وتشديد الياء وعابد بالعين المهملة والموحدة والدال المهملة =

وآله وسلم في أول الإسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح وصل الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال له « مرحبا بأخي وشريكي لا يداري ولا يماري » والذي عند أبي داود بلفظ « فأتيت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فجعلوا يذكرونني ويثنون علي فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنا أعلمكم به فقلت صدقت بأبي أنت وأمي كنت شريكي فنعم الشريك كنت لا تداري ولا تماري » وعند رزين « لا تشاري ولا تماري » ، وعند ابن ماجه « كنت شريكي في الجاهلية » ، وهو الصواب لأن السائب من مسلمة الفتح الذين حسن إسلامهم ، وإلى عدم اشتراط الخلط ذهب الناصر والمؤيد وأبو حنيفة وأصحابه ، وأجاب المصنف بأنه لا شركة مع التمايز وهو تهافت[1] لأن الشركة تجب في نقد كل واحد بايجاب صاحبه ، ولا بد أن يكون المتشاركان ﴿ **غير مفضلين** ﴾ لأحدهما ﴿ **في الربح و** ﴾ لا في ﴿ **الوضيعة** ﴾ لأن وضعها على التساوي في كل واحد كما سمعت ، وإذا تمت بشروطها ﴿ **فيصير كل منهما فيما يتعلق بالتصرف فيه** ﴾ بحكم عقد الشركة لا بنحو الجناية والنكاح وغيرهما مما لا علقة له بأمر الشركة وأما ماله علقة بأمر الشركة فكل واحد منهما يصير ﴿ **وكيلاً للآخر** ﴾ في قبض ما على الغير له ﴿ **وكفيلاً** ﴾ على شريكه فيما عليه للغير لأن الكفالة[2] تصح بما يثبت كما سيأتي ، إن شاء الله تعالى ، وأما تصحيحها لغير معين فيحتاج الى مخصص هذا وإلا فهو مشكل وهذا معنى

= كذا في الجامع لابن الاثير ، وقد اختلف في شريك النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقيل انه هو وقيل بل الشريك ابنه عبدالله وقيل هو قيس بن السائب وقال ابن عبد البر السائب بن أبي السائب من المؤلفة قلوبهم وحسن اسلامة وكان من المعمرين عاش الى زمن معاوية والشارح قد أشار الى الخلاف والى ان هذا هو الأرجح وقوله فنعم الشريك كنت الظاهر انه من قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأن تقديره فقال فنعم الخ ليوافق الرواية الأولى ولا يخفى انه لم يعين نوع الشركة ويأتي للشارح انها العنان وكان وجه التعيين الاتفاق عليها ولأنه أظهر أنواعها .

(١) **قوله** : وهو تهافت ، أقول : في المنار على قول البحر «والخلط شرط» ما لفظه فاذا قلنا بالانعقاد فهو مغن عن الخلط والذي أوجب الشركة هو العقد فنفيها مع عدم العقد نفى لأثر العقد وابطال له الا انه قال ابن حزم انه لا بد ان يخلطا المالين اذ به صارت بينهما تلك الجملة مشاعة فما ابتاعا بها فمشاع بينهما واذا كان كذلك فقيمة أصله وربحه مشاع والخسارة بينهما ، وأما اذا لم يخلطا فمن الباطل ان يكون لزيد ما ابتاع بمال عمر أو ما ربح في مال غيره أو ما خسر في مال غيره لقوله تعالى (ولا تكسب كل نفس الا عليها) ولا يخفى قوته .

(٢) **قوله** : لان الكفالة تصح بما سيثبت في الذمة ، أقول : يأتي للشارح في بابها اختيار مذهب الناصر انها لا تصح في ذلك ، وقوله وأما تصحيحها الخ فما ظهر وجه ذكره هنا .

قوله ﴿ **له ماله وعليه ما عليه** ﴾ لأنه لف ونشر مرتب ، وأراد بقوله ﴿ **مطلقاً** ﴾ سواء علم أحدهما بتصرف الآخر أولا ﴿ **و في** ﴾ تعلق ضمان ﴿ **غصب استهلك** ﴾ أي استهلكه أحد الشريكين ﴿ **حكماً** ﴾ لصاحبه نحو أن يطحن طعاماً للغير ﴿**و**﴾ كذا لو دخل صاحبه في ﴿ **كفالة بمال** ﴾ صادراً دخوله فيها ﴿ **عن أمر الأصل** ﴾ وهو المكفول عليه ﴿ **خلاف** ﴾ ذهب أبو العباس وأبو طالب وأبو حنيفة الى لزوم[١] أحد الشريكين لما فعله صاحبه من الأمرين ومنعه المؤيد وأبو يوسف ومحمد وقواه شيخنا لأنه من خلاف موجبها ، فأما الكفالة[٢] بالوجه فاتفقوا على عدم لزومها للشريك لظهور عدم تعلقها بمال الشركة .

فصل

﴿**ومتى غوبن أحدهما فاحشاً أو وهب أو أقرض ولم يجز الآخر أو استنفق في مالها أكثر منه و** ﴾ لم يبره و ﴿**غرم**﴾ نصيب شريكه مما استنفق ﴿ **أو ملك نقداً زايداً** ﴾ فبعد هذا كله قد تفاضلا وبالتفاضل ﴿ **صارت عنانا** ﴾ إلا أنها لا تصير عنانا بملك النقد الزائد إلا ﴿**بعد قبضه أو وكيله**﴾ له لما عرفت من أن الملك قبل القبض غير مستقر لأنه في مظنة التعذر ﴿**لا**﴾ إن قبض ﴿**حويله**﴾ كقبض وكيله في إبطال المفاوضة لأن الحويل قبضه لنفسه بخلاف الوكيل فقبضه للموكل وأما قوله ﴿**ولا**﴾ تصير عنانا ﴿ **قبله** ﴾ أي قبل قبض النقد الزائد فتصريح بمفهوم بعده ليرتب عليه قوله ﴿ **إلا في ميراث المنفرد** ﴾ أي الذي لا وارث للميت غيره فان الميراث يكون حكمه حكم المقبوض وإن لم يقبض ، وقال الناصر والمؤيد لا فرق بين المنفرد وغيره والاحتياج الى القسمة في الميراث المشترك ليس بمانع من تحقيق الملك لأن استقرار الملك للميراث قهري لا يفتقر الى سبب غير الموت ، وأما مجرد إمكان التلف

---

(١) **قوله** : الى لزوم أحد الشريكين ما فعل صاحبه ، أقول : استدل له في البحر بأنه كالتجارة المرجوعة على المتكفل ويكلف المستهلك بعوضه ، واختار هذا لانه استدل للمؤيد ومن معه بأنه ليس بتجارة ، وأجاب عنه بقوله قلنا معاوضة فاشبهتها ، ورده المنار بقوله اما الاستهلاك فما أبعده عن المعاوضة ، وطلب الارباح وان أتفق في بعض الصور فأنما هو ضرر ومخاطرة ، وأما الكفالة فأن لزمت فمن غير هذا الوجه والا فأي كسب في الكفالة وهو الذي قواه شيخ الشارح السيد محمد المفتي رحمه الله .

(٢) **قوله** : فأما الكفالة بالوجه ، أقول : هو بيان لمفهوم قوله مال وزاد الأثمار «نحو» قال شارحه أراد بنحو المال العمل .

فحاصل في المقبوض فليس بمانع من استقرار الملك وهذا قياس[١] تضعيف القيل المتقدم في الزكاة .

الثانية ﴿ العنان ﴾ وهذه هي المشروعة المشهورة في عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم وبعده التي[٢] دخل فيها النبي صلى الله عليه وآله وسلم مع السايب بن أبي السايب كما تقدم دليله ودخل فيها البراء بن عازب وزيد بن أرقم كما تقدم في الربويات ، وعند أحمد أنهما اشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان بنسيئة فردوه حتى استدل به البعض على جواز تفريق الصفقة وهو عند البخاري بغير هذا السياق وأما قول[٣] مالك لا أعرف العنان فمراده لا أعرف مناسبة الاشتقاق والأظهر فيها كسر العين تشبيهاً للشريكين بطاقتي عنان الفرس بتعاضدهما على ضبط التجارة تعاضد طاقتي العنان على ضبط الفرس من جانبي لحييه ﴿ **وهي** ﴾ جائزة من كلا الطرفين .

---

(١) **قوله** : وهذا قياس تضعيف القيل المتقدم في الزكاة، أقول : يريد به قوله هناك ويعتبر بحول الميت ونصابه ، والشارح تقدم له تقوية القيل وكلامه هنا يوافق تقويته لما سلف وفي شرح الفتح «وأعلم ان ظاهر الازهار وأمه التذكرة وشروحه والبحر انها لا تبطل بمجرد الملك بل لا بد من القبض ولو في الميراث غير المنفرد والذي تقتضيه الاصول الممهدة والقوانين المصححة ان الميراث لا يحتاج الى قبض اذ قد ثبت له جميع أحكام الملك من كل وجه ولذا كان القوى انه لا يبنى على حول الميت ونصابه بل بحول من غير فرق بين المنفرد والقبض وغيره كما مر والابواب سواء في أحكام الملك ولا خاص لهذا الموضع ولذا انه لا يصح من أحد الورثة بيعه قبل قبضه كما في الزهور الى ان قال فعرفت ان الميراث يبطل من غير فرق بين المنفرد والمتعدد والقبض وغيره وهذا مذهب الامام يحيى وقرره امامنا» والشارح قد جرى على أصله الماضي من تقوية القيل وشارح الفتح جرى على أصل تضعيفه .

(٢) **قوله** : التي دخل فيها النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، أقول توجيه أنها هي وفي الجزم بها تردد .

(٣) **قوله** : وأما قول مالك لا أعرف العنان ، أقول : مثله في البحر ولم ينسبه اليه في نهاية المالكية بل قال وشركة العنان متفق عليها وان كان بعضهم لا يعرف هذا اللفظ وقوله الاظهر كسر العين ، في الغيث عن الانتصار انه بفتح العين وكسرها والفتح أكثر وفي الضياء ذكر العنان في باب الكسر ، وفي الصحاح ذكره مضبوطاً بالكسر وهو بالفتح مشتق من عنَّ الشيء اذا ظهر ومنه عنان السماء وهو ما عرض فيها من السحاب ووجه الشبه أنهما يشتركان فيما ظهر من العروض أو من عنَّ لي كذا لما اشتركا فيما عرض من المال ، وأما بالكسر فمن عنان الفرس قال في الانتصار لما كان الفرسان يشترك عنانهما عند المسابقة وهذه يستوى فيها المال أي يشتركان في ربحه وخسره .

وصورتها ﴿ **أن يعقدا على النقد** ﴾ وأما اشتراط وقوع العقد ﴿ **بعد الخلط** ﴾ فلا وجه له ﴿**أو**﴾ إذا أرادا إدخال ﴿ **العرض** ﴾ في مالها تبايعا كما تقدم في المفاوضة وخلطاه ﴿ **بعد التشارك** ﴾ فيه ولا يشترط فيها التساوي كالمفاوضة بل يصح ﴿ **ولو** ﴾ كان احد الشريكين ﴿ **عبداً أو صبياً مأذونين أو متفاضلي المالين فيتبع الخسر بالمال مطلقاً** ﴾ ولو شرط خلافه لغا وهي معنى الجائز ﴿ **وكذلك** ﴾ يتبع ﴿ **الربح** ﴾ المال ﴿ **إن أطلقا أو شرطاً** ﴾ عطف على المحذوف بعد لو أي أنها تصح ولو شَرَطَا ﴿ **تفضيل غير العامل** ﴾ لا كالمفاوضة ﴿ **وإلا** ﴾ يطلقا ولا يفضلا غير العامل ﴿ **فحسب الشرط** ﴾ الواقع بينهما يكون ﴿ **ولا يصير أحدهما فيما يتصرف فيه الآخر وكيلاً ولا كفيلاً** ﴾ بل يختص كل منهما بلوازم تصرفه وإن كان فيما يتصرف فيه من نصيب شريكه وكيلا لشريكه كالوجوه ولو حذف لفظ وكيلاً لكان هو الصواب لظهور أن غير المتصرف لا يكون وكيلاً فيما يتصرف فيه غيره وإن صح أن يكون كفيلاً به .

الثالثة و شركة ﴿ **الوجوه وهي أن يوكل كل من جائزي التصرف صاحبه أن يجعل له فيما استدان أو اشترى** ﴾ بنقد ﴿ **جزءاً معلوماً ويتجر** ﴾ له ﴿ **فيه** ﴾ وقال الشافعي لا تصح هذه الشركة قلنا وكالة كغيرها قالوا فيلزم الاضافة الى الموكل ، قلنا ملتزم وعقد الشركة معناه ذلك وقد أخرج البخاري من حديث زهرة بن معبد عن جده عبدالله بن هشام وكان قد أدرك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فدعا له بالبركة ان ابن عمر وابن الزبير كانا يلقيانه في السوق فيقولان له أشركنا فيما شريت فان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قد دعا لك بالبركة فيشركهما [1] فربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها الى المنزل ﴿ **و** ﴾ أما قوله ﴿ **يعينان الجنس إن خصا** ﴾ فكلام [2] لا حاصل له في قوة ويخصان إن خصا ﴿ **وهي كالعنان** ﴾ في أحكامها ﴿ **إلا في لحوق الربح و** ﴾ لا حاجة الى ذكر

---

(١) **قوله** : فيشركهما ، أقول : هذا فعل صحابي الا ان وجه الدلالة كون الثلاثة من الصحابة فعلوه ولم ينقل عن غيرهم ما يخالف ذلك فكان حجة وفيه تأمل .

(٢) **قوله** : فكلام لا حاصل له ، أقول : ولذا حذفه الاثمار قال الوابل حذفه لأنه لم يظهر له فائدة ، قال ابن بهران اذ هي مبنية على التوكيل فان أراد جنساً مخصوصاً ذكره والا كانت عامة كما في الوكالة وفي الغيث ويعينان الجنس الذي يتصرفان فيه حتماً لان هذه الشركة مبينة على التوكيل ولا تصح الوكالة ما لم يبين الموكل جنس ما يوكله بشرائه وصفته .

﴿ **الخسر** ﴾ لأنه فيهما كليهما يلحق بالمال ﴿ **مطلقاً** ﴾ وإنما الذي يقف في العنان على الشرط هو الربح فقط .

الرابعة شركة ﴿ **الأبدان** [١] ﴾ ومنعها الشافعي والليث وابن حي قلنا الأصل البراءة عن المانع قالوا عقد على تحصيل ما لا يعلم حصوله كالطير[٢] في الهواء إذ التقبل في العمل فرع عن وجود المتقبل ولا يمكن تحصيله فهو كالاستئجار على غير مقدور ، قلنا مثله العنان لجواز أن لا يجد ما يتجر فيه ورد بأنه إنما يلزم لو عينا التجارة في جنس لا يعلم حصوله وامتناع عقد العنان على مثله ملتزم وصفتها ﴿ **أن يوكل كل** ﴾ واحد ﴿ **من الصانعين الآخر أن يتقبل** ﴾ العمل ﴿ **ويعمل عنه في قدر معلوم مما استؤجر عليه** ﴾ مضيفاً عند القبض الى من وكله ايضاً قدر ما وكله فيه وإلا كان العمل لنفسه ﴿ **ويعينان** ﴾ أي يعين كل منهما ﴿ **الصنعة** ﴾ التي يعمل فيها كل واحد منهما وإن اختلفت [٣] وقال مالك وزفر اتفاقها شرط لأن مبناها على الضمان المستلزم لمطالبة المستأجر لكل منهما فاذا لم يقدر أحدهما على صنعة الآخر تكون الاجارة على غير منفعة مقدورة للأجير ، قلنا بل هي توكيل محض قالوا بل هما أجيران للمستأجر وكل واحد أجير لصاحبه أيضاً معاوضة منفعة بمنفعة فهو ضامن له بالعمل وعليه

---

(١) **قال** : الابدان ، أقول : قال المصنف انما سميت الابدان لانهم يعملون بأبدانهم وتسمى شركة الوجوه لأنهما يتقبلان بوجوههما وتسمى شركة الأعمال قال وهي توكيل قال المصنف شركة المفاوضة معقودة على الضمان اتفاقاً فما لزم أحدهما لزم الآخر وشركة العنان والوجوه معقودتان على التوكيل اتفاقاً فما لزم احد الشريكين لم يلزم الآخر ، وأما شركة الابدان ففيها خلاف وأطال بذكر الخلاف فمن أحبه راجعه .

(٢) **قوله** : كالطير في الهواء ، أقول : أي كبيعه في الهواء فانه عقد على ما لا يمكن حصوله الا انه لا يخفى ان وجود العمل ممكن قريب وخلافه نادر والاعتبار بالامكان .

(٣) **قوله** : وان اختلفت ، أقول : في المنار كلو أشترك حائك وصباغ ونجار وقصار فانها من شركة الأبدان ويحتمل انها مقيسة عليها وان لم يضعوا لها اسما وهذه الصورة تصدق على ما عليه الناس من اجتماع الاخوة في بيت وأملاكهم مخلوطة وأعمالهم كل يتولى جهة من نساء ورجال وكان شيخنا القاضي مهدي الحسوسة لا يحكم بهذه الشركة ويقول ليست من الشرك الاربع والذي ذكره الأمام أقرب وأحق بالاتباع وفي كلام الشارح ما يشعر باختياره .

تسليمه ، قلنا إن سلم الضمان فهو تبع للتوكيل ﴿و﴾ لا يخفى أنه لا يساعده كون ﴿ **الربح والخسر فيهما يتبعان التقبل** ﴾ لأنهما فرع للضمان بالعمل والضمان على قدر التقبل ولو علقنا الضمان بالمتقبل وحده لما استحق غيره أجرة لأن الغنم بالغرم ، وقد تبين من ذلك شرح قوله ﴿ **وهي توكيل في الأصح** ﴾ وهو قول المؤيد وتخريجه خلاف أبي حنيفةوأحد قولى أبي العباس وأبي طالب ﴿ **وتنفسخ باختلاف الصانعين** ﴾ أي تشاجرهما ﴿ **في الأجرة أو الضمان** ﴾ أي قدر قسمتها ﴿ **والقول لكل** ﴾ منهما في قدر أجرة ﴿ **ما هو في يده لا** ﴾ أنها تنفسخ ﴿ **بترك أحدهما العمل** ﴾ بل لتاركه نصيبه من أجرة العامل ، قال المصنف لأنهما عقداها على أن ما حصل لأحدهما فهو مشترك وفيه نظر لما نبهناك عليه من أنها معقودة على معاوضة منفعة بمنفعة فاذا بطل العوض بطل المعوض ، وأما[1] حديث الذي كان يلازم المسجد وصاحبه يلازم السوق فشكا ملازم السوق الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من ترك صاحب العمل فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم « لعلك ، إنما رزقت ببركة ملازمة المسجد » كما ثبت عند (مبيض في الأصل) فلا ينتهض على الاستحقاق وإن انتهض على أولوية المعاونة على البر والتقوى .

تنبيه إذا دخل الشركاء في الشركة مطلقة عن التقييد بنوع من انواعها عم جميع الأنواع فكانوا شركاء عنان ووجوه وأبدان وكان الاشتراك في العنان على قدر المال وفي الوجوه والأبدان على الرؤوس وعلى هذا جرى العرف في هذه الأزمان وجرى العرف أيضاً على أن ما دل على إجازة أحدهما تصرف الآخر عنه كفى في تصحيح الاشتراك كما يكفي في تنفيذ عقد الفضولي ، وقد غفل كثير من الحكام عما ذكرنا فأخلوا .

﴿ فصل ﴾

﴿ **وتنفسخ كل هذه الشرك** ﴾ الأربع ﴿ **بالفسخ** ﴾ وهو ظاهر ﴿ **والجحد** ﴾

---

(١) **قوله** : وأما حديث الخ ، أقول : بيض له الشارح وقد أخرجه الترمذي والحاكم عن أنس بلفظ «لعلك ترزق به» قال في التنوير وأصله انه كان أخوان أحدهما يحترف والآخر يأتي النبي صلى الله عليه وآله وسلم فشكا المحترف أخاه فقال صلى الله عليه وآله وسلم له لعلك ترزق به «اي بسببه وليس فيه دليل على ان ما حصله المحترف مشترك بينهما» .

وينعزل[١] **به الجحود توكيله مطلقاً والجاحد في حضرة**[٢] **المجحود فقط** ﴿ **والردة** ﴾ قيل بشرط اللحوق ولا حاجة اليه لأن اتفاق الملة شرط حذرا من دخول الكافر فيما لا يستجيزه المسلم وقد تقدم ﴿ **والموت** ﴾ لأن الوكالة تنفسخ به كما سيأتي ﴿ **ويدخلها التعليق بالشرط** ﴾ المستقبل ﴿ **والتوقيت** ﴾ كما تقدم مثله .

---

(١) **قوله** : وينعزل به ، أقول : أي بالجحد اذا جحد أحدهما عقد الشركة فتبطل لان ذلك عزل لنفسه من الوكالة ولصاحبه من التوكيل .

(٢) **قوله** : في حضرة المجحود فقط ، أقول : هذا على قول الفقيه ع قال المصنف ويصح عزله لصاحبه في الغيبة والشارح اختار الأول .

باب[1]

شركة الأملاك

---

(١) **باب** : شركة الأملاك ، أقول هي ايضاً اربع العلو والسفل والحائط والسكك والشرب .



﴿ فصل ﴾

إذا كان لرجل أعلى الدار والآخر سفلها فإنه ﴿ يجبر [١] رب السفل الموسر على إصلاحه ﴾ وقال زيد والناصر والفريقان لا يجبر لنا ان بقاء[٢] العلو على السفل حق لمالك العلوي وكل حق يجب تمكين مستحقه منه فبقاء العلو على السفل يجب تمكين مستحقه منه ولا يتم إلا باصلاحه وما لا يتم الواجب إلا به يجب كوجوبه ، كما علم ، وأجيب بان المستحق هو البقاء على ما كان عليه باقياً لا على بدله فاين دليل إيجاب البدل وتحقيقه ان الصغرى[٣] دائمة بدوام وصف موضوعها اي البقاء على السفل حق ما دام على السفل فإذا فرض[٤] أن لأسفل فلا حق حينئذ ضرورة ففناء الحق بفناء متعلقه كما لو ماتت[٥] الدابة المستأجرة او هزلت فإنه لا يجب إبدالها اتفاقاً وإن تعلق بها حق.

نعم هما مشتركان في استحقاق البقاء على هواء السفل وقراره فلرب العلو إبدال منهدم السفل لبقاء حقه في هوائه وقراره ، ولصاحب السفل الخيار بين تسليم الغرامة او أخذ قيمة السفل منهدماً ، واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو بيع السفل قبل التعلية واستثنى بائعه

---

(١) ﴿ **فصل** ﴾ : يجبر رب السفل ، أقول في شرح الأثمار ان السفل بالفتح والضم ومثله العلو.

(٢) **قوله** : لنا ان بقاء العلو، أقول: عدل عن تقرير دليل المنصف الآتي وهو قوله لينتفع هذا لما يأتي من الاعتراض عليه.

(٣) **قوله** : إن الصغرى ، اقول : هي قوله وبقاء العلو على السفل حق لمالك العلو فموضوعها البقاء وصفته الدوام على السفل فالحكم بإيجاب بقاء العلو مقيدة بالدوام على السفل ودليل التقييد انه إذا فنى السفل فنى الحق بفناء متعلقه على غير محل النزاع لأنهم يقولون الحق لا يفنى بل هو ثابت فيجب إرجاع متعلقة ولأنه يلزم على هذا ان يجوز لرب السفل هدمه وهذا إضرار إلا ان يقال فناء المتعلق هو إبطال الحق لا إفناؤه ولا يتم.

(٤) **قوله** : فإذا فرض أن الأسفل ، أقول معنى فرضيته عدمه وهو موجود ثابت فيه الحق للغير وهو حمله لعلوه فما معنى هذه الفرضية التي لا دليل عليها ولا ملجأ الى القول بها إلا محبة الخلاف لما قاله المصنف وغيره ولا شك ان ما قالوه هو العدل الذي امر الله تعالى به بين عباده..

(٥) **قوله** : كما لو ماتت الدابة ، أقول : قد يقال فرق بين الأمرين فان لرب العلو حق في قرار الأرض فلا يبطل بانهدام السفل ، غايته انه حق بواسطة وسيرجع الشارح الى هذا.

التعلية فانهدم السفل قبل فعلها فإنه لا يجب على مشتريه إصلاحه لتفعل هي وفيه[١] نظر لأن الحق يثبت بالاستثناء لا بالتعلية ، وأما تعليل المصنف للاجبار بقوله ﴿ **لينتفع رب العلو** ﴾ فهوس[٢] يستلزم إجبار مؤجر العين على إبدالها لينتفع المستأجر وإجبار البائع على إبدال المبيع التآلف في يده لينتفع المشتري ﴿ **فان غاب** ﴾ رب السفل ﴿ **أو أعسر أو تمرد فهو** ﴾ أي رب العلو ولي الاصلاح[٣] لمنهدم السفل ولا يحتاج الى حاكم ، وقال المؤيد والفريقان لا بد من الحاكم لنا مضطر الى حفظ حقه عن الفوت فكان كإنفاق البيهمة المشتركة كما تقدم في النفقات ولأن الدخول في الشركة توكيل للشريك فيما يرجع الى صلاح المشترك كما تقدم في المكاسب ولحديث « لا ضرر ولا ضرار » ﴿ **و** ﴾ إذا أصلح رب العلو السفل فله ان ﴿ **يحبسه** ﴾ حتى يسلم مالكه الغرامة كما يحبس الأجير المعمول فيه لاستيفاء الأجرة ﴿ **أو يكريه او يستعمله بغرمه** ﴾ بغير حكم كما تقدم إلا أن قياس الاكراء ونحوه أن لا يكون إلا بحكم ولا يقاس على الإصلاح لأن الإصلاح كانفاق البهيمة يستقل به كل من الشريكين بخلاف الاكراء واستيفاء الدين ونحوه ﴿ **ولكل** ﴾ من رب العلو ورب السفل ﴿ **ان يفعل في ملكه ما لا يضر** ﴾ بالقوة[٤] او بالفعل ﴿ **بالآخر** ﴾ بناء على أن تمايزهما صدر[٥] عن قسمة لئلا يخالف ما سيأتي

---

(١) **قوله** : وفيه نظر ، أقول : يتأمل في تعليق التعليل على التنظير وفي الغيث في تعليل ضرر الاستثناء لأن التعلية غير مستحقة لصاحبها هنا إلا حيث السفل معمور لأنه المستثنى كأنه قال اذا شئت التعلية إن كان البناء قائماً .

(٢) **قوله** : فهوس ، أقول : بعد تقدم الفارق فلا هوس .

(٣) **قوله** : ولي الأصلاح لمنهدم السفل ، أقول في الفتح بآلة الأول ولا بغيرها ولا يزيد عليها إن كفت ، فأما لو لم يمكن بها او لم يكف فمنه ويكون البناء على صفته في القدر وغيره فان فعله بالآلة منه لعدم الأولى رجع وإن فعل مع وجودها أو أدنى أو أعلى فحيث تميزت الآلة خير بين رفعها وأخذ قيمتها إن رضى المالك وحيث لم تتميز ولم يمكن نقضها إلا بنقض غيرها أو زاد في الصفة فلا شيء له إذ هو متعد إن كانت أدنى منها لكنه إذا احتاج في نقضها إلى مؤنة وجبت عليه .

(٤) **قوله** : بالقوة او بالفعل ، أقول : في الحال او يؤول الى الضرر ، واعلم انه صرح في شرح اللمع أن المراد بالضرر أعم من ان يكون بفساد بناء صاحبه او باطلاع او برائحة تكره او لغير ذلك .

(٥) **قوله** : صدر عن قسمة ، أقول هذا القيد لم يكن في الأثمار ولا الفتح ولا الغيث ولا غيره إلا أن في حواشي الشرح عن المفتي شيخ الشارح ان ما كان عن قسمة او اشتراك في العلو والسفل والمجرى على سواء في اعتبار عدم الضرر ا.هـ. وبه تعرف انه قد جعل الاشتراك في العلو والسفل كالاشتراك عن

من تجويز فعل ما يضر الجار وما لا يضر اعم ﴿ **من تعلية وبيع وغيرهما** ﴾ لكن في اشتراط عدم ضرر البيع نظر ، فان له[1] ان يبيع وإن ضر ولأن الضرر مندفع باستحقاق الشفعة وفي تجويز التعلية نظر أيضاً لأن حق الاعتماد على السفل إنما هو للثابت[2] قبل القسمة او لما شرط زيادته حالها وإلا لم يستحق ولأنه مظنة ضرر فهو مضر بالقوة وإن لم يضر بالفعل ﴿**و**﴾ كل منهما ﴿ **يضمن ما امكنه دفعه من اضرار نصيبه** ﴾ أما إضرار خلل السفل بالعلو فتقدم الكلام فيه ، وأما إضرار خلل العلو بالسفل فمما لا ينبغي ان يختلف في وجوب دفعه لأنه إنما يستحق بقاء العلو صالحاً كما كان حال القسمة لا على حالة خلافها ولهذا لا يثبت له زيادة التعلية إلا بشرط حال القسمة كما نبهناك عليه ﴿ **وإذا تداعيا السقف** ﴾ ولا بينة على اختصاص احدهما به ﴿ **فبينهما** ﴾ بقاء على اصل عدم القسمة وقال مالك لصاحب العلو وقال ابو حنيفة لصاحب السفل وهو الحق لتلازم السقف ومنزل تحته ، ولا تلازم بينه وبين منزل فوقه والتلازم[3] من أقوى الأدلة ﴿ **و** ﴾ اذا تداعى المتشاركان في حيازة ﴿ **الفرس** ﴾ بالركوب والقود فهي ﴿ **للراكب** ﴾ لأن يده أقوى ﴿ **ثم** ﴾ اذا كانا راكبين فهي ﴿ **لذي** ﴾ الركوب في ﴿ **السرج** ﴾ إذ تداعى ﴿ **الثوب** ﴾ المشتركان في قبضه باللبس والامساك فهو ﴿ **للابس و** ﴾ إذا تداعى المشتركان في ﴿ **العرم** ﴾ المتوسط بين ارضيهما فهو

قسمة ، فلا حاجة إلى هذا القيد الذي أتى به الشارح بل هو باطل ، إلا أنه كان له أن يأتي بهذا الذي أتى به شيخه ثم يطلب بوجه ذلك .

(١) **قوله** : فإن له أن يبيع وان ضر ، أقول : لم يستدل له مع عموم لا ضرر ولا ضرار ، وفي شرح الأثمار انه لا يكريه من نحو الحداد والقصار لأن لكل منهما حقاً في ملك الآخر فلا يجوز له أن يفعل ما يضره ، فكذا يقال هنا انه ليس له البيع ممن يضر الآخر ، وأما كون له الشفعة فهذا تضييع لحق ثابت بحق سيثبت وقد لا يتم له ثبوته .

(٢) **قوله** : إنما هو للثابت قبل القسمة ، أقول : هذا بناء على ذلك القيد ، وسلف أنه باطل ، وفي شرح الأثمار عن أبي حنيفة لا يجوز والتعلية والاكراء ونحوه لأنها لا تؤمن المضرة وإن لم تحصل في الحال ا. هـ. قلت الأحسن ان يقال ان اكراه من مثله أو علا عليه ما يقول ذو الخبرة انه لا يضر فالقياس الجواز .

(٣) **قوله** : والتلازم من اقوى الأدلة ، أقول : اما بعد وجود علو وسفل فالعلو يلازم السفل كما يلازم الأسفل القرار لأنه ظله وكنانه لا فرق بينهما فالأقرب ما قاله الشافعي كما في الغيث انه قال الشافعي انه بينهما ، واختاره المنصور للمذهب .

﴿ **للأعلى** ﴾ إن كان هناك علو وإلا فبينهما ، ولا يخفى ان حق هذه الدعاوى كلها ان تؤخر الى كتاب الدعاوى.

﴿ فصل ﴾

﴿ **ولا يجبر الممتنع عن احداث حائط بين الملكين** ﴾ على إحداثه ﴿ **أو** ﴾ إذا كان موجوداً فلا يجبر الممتنع ﴿**عن قسمته**﴾ عليها إما لأن القسمة تضره أو لأن القسمة لا تعود بنفع فهي سفه لا يجاب طالبه إليه إلا أن العلتين لا ينتهضان على إطلاق[1] المنع الشامل للمنع عن قسمة ما لا تضره القسمة وما لا يحصل بها نفع واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو لم يكن الحق في الحمل عليه إلا لأحدهما فانه يجبر من لا حق له عليها ، وهذا وهم لأن الاختصاص[2] بالحمل طرد لا مناسبة فيه لإيجاب القسمة ﴿**بل**﴾ يجبر كل منهما ﴿ **على إصلاحه** ﴾ لأنه قد ثبت الحق في قيامه لكل واحد منهما ﴿ **ولا يفعل أيهما فيه غير ما وضع له من سترةٍ وتحريزٍ وحِمْلٍ** ﴾ إلا ان كون[3] الغرض المخصوص مانعاً للمالك عن ملكه حكم شرعي يفتقر الى دليلٍ شرعي. نعم: لو استعمل فيما ينافي ما وضع له مع حاجة أحدهما الى استعماله في ما وضع له لم يُجَبْ مخرجه عن الموضوع له ﴿**و**﴾ اما قوله ان أحدهما ﴿**لا يستبد به**﴾ فإن أراد أنه

فصل ولا يجبر الممتنع، الخ.

(١) **قوله** : على إطلاق المنع ، أقول : هو كما قال فليقيد الاطلاق بما تضره القسمة وبما لا نفع في قسمته ، والتعليل دليل التقييد.

(٢) **قوله** : لأن الاختصاص بالحمل طرد الخ ، أقول هو كما قال فانه بعد اشتراكهما في الجدار وإن اختص احدهما ببعض منافعه فانه لا يوجب إجبار شريكه على القسمة ، نعم لو كان بسبب عدم القسمة يبطل حق الشريك من الاختصاص بالحمل أجبر على القسمة لشريكه ليتم انتفاع شريكه بما هو له من الحمل.

(٣) **قوله** : إلا أن كون الغرض المخصوص مانعاً للمالك من ملكه الخ ، أقول : ما منع المالك عن ملكه من حيث هو ملكه بل منع من حيث انه مشترك فهو بفعله غير ما وضع له مستعمل لحقه وحق غيره فتأمل.

يقسمه فوهم وإن أراد لا ينتفع به إن لم ينتفع به صاحبه فوهم أيضاً وإن أراد أنه[١] لا يستغرق منفعة مع حاجة شريكه الى نصيبه فكالسماء فوقنا وقوله ﴿ **إلا باذن الآخر** ﴾ قيد لفعل غير ما وضع له وللاستبداد ولا حاجة اليه لأن الكلام فيما يحكم به الحاكم لا ما يقع به التراضي ﴿ **فان فعل** ﴾ احدهما احد الأمرين ﴿ **أزال** ﴾ ما فعل ﴿ **و** ﴾ إذا كانا متصادقين على الاشتراك في ملك الجدار ولأحدهما استعمال له في منفعة غير المنفعة التي وضع لها ، وادعى ان ذلك الاستعمال حق له يختص به دون شريكه واسند دعواه الى ثبوت يده بالاستعمال فانه ﴿ **لا يثبت** ﴾ له ﴿ **حق بيد** ﴾ لأنه كثيراً ما يتسامح بالمنافع فلا يدل الانتفاع على الاستحقاق ، ولهذا قيل الأصل في المنافع عدم الأعواض إلا أن[٢] حق العبارة ان يقال ولا يثبت الاختصاص

---

(١) **قوله** : فإن أراد انه لا يستغرق منفعته ، اقول : هذا الطرف هو مراده وكونه كالسماء فوقنا في المعلومية غير مسلم فالأحكام الشرعية كلها لا تعرف إلا عن الشارع وليست من المحسوسات كالسماء فوقنا ، « تنبيه » : إذا كان الجدار للستر او للتحريز فليس لأحدهما ان يغرز فيه خشبة إلا باذن صاحبه لأنه لم يوضع لذلك ، وقال الشافعي إن له الغرز سواء كان الجدار مشتركاً او ملكاً لجاره لما أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلّم قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يغرز خشبة في جداره » ، قال ثم يقول أبو هريرة ما لي اراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين اظهركم ، وهذا قول الشافعي في القديم قلت والحديث دليل على انه يحرم منع مالك الجدار لجاره وانه حق للجار وأما انه هل للجار ان يغرزها وإن كان مانعاً له رب الجدار ؟ الظاهر ان له ذلك كسائر الحقوق التي تؤخذ كرهاً من مانعها عن مستحقها ، وقال الشافعي في الجديد إنه لا يحل له ذلك إلا باذن لقوله صلىّ الله عليه وآله وسلّم « لا يحل لأحد من مال أخيه إلا ما أعطاه بطيبة نفس منه » أخرجه الحاكم من حديث عكرمة عن ابن عباس ورواه الدارقطني من حديث نعيم عن ابن عباس ، قلت والحق انه لا تعارض بين الحديثين فإن حديث « لا يحل لأحد » الخ ، عام وحديث « لا يمنع أحدكم جاره» خاص فالأول عموم مخصوص بالآخر على أن المراد لا يحل له من مال أخيه ما لم تطب فيه نفسه، وهنا قد منع الشارع مالك الجدار عن منع جاره غرز خشبته ولم يمنعه الشارع عن المنع الا والغرز حق للجار فيأخذه الجار ولو كرهاً على مانع الجدار فهو وإن كان الجدار مال أخيه إلا أنه أثبت الشارع للجار فيه حقاً فلم يأخذ من مال أخيه شيئاً ويأتي في باب العارية زيادة في هذا البحث.

(٢) **قوله** : إلا أن حق العبارة ، أقول : هذا أمر هينّ والعبارة قد افادت المراد وقد تابعه عليها الأثمار والفتح ، وقوله فكما نبهناك عليه آنفاً يريد به قوله انه مالك ولا يمنع المالك عن ملكه وفيه ما نبهناك عليه آنفاً.

بالمنفعة الأخرى باليد عليها لأن نفس المنفعة ثابتة بيد المالك كما نبهناك عليه آنفاً وقال المؤيد[١] اذا ثبت الملك باليد فاحرى ان يثبت الحق بها لأن الملك حق وزيادة فما اثبت الأقوى أثبت الأضعف واجيب بان ذلك ، انما يتمشى في يد على حق في مباح الأصل لا في مملوك لاستلزام الملك استحقاق منع المالك للغير عن ملكه وهذا الاستحقاق ثابت بدليل مسلم هو الملك وتسليم وجود الملزوم تسليم لوجود اللازم وذلك ينافي ثبوت حق للغير لا ببرهان غير اليد وسنعيد ذلك في الدعاوى ان شاء الله تعالى ﴿ **و** ﴾ الجدار ﴿ **اذا تداعياه فلمن بينّ ثم لمن اتصل ببنائه** ﴾ بمعنى لم يكن ملصقا به بل مخلوطاً به ﴿ **ثم لذي الجذوع** ﴾ المحمولة عليه ﴿ **ثم لمن ليس إليه توجيه البناء ثم لذي التزيين او التجصيص** ﴾ اما هذا فلا دلالة فيه واما قوله ﴿ **أو** ﴾ لمن إليه ﴿ **القمط** ﴾ أي العقد الذي ﴿ **في بيت الخص** ﴾ فهو بمنزلة قفا البناء لأنه يجعل الى داخل البيت ليكون[٢] مهندماً سالماً عن العقود ﴿ **ثم** ﴾ إذا لم يوجد احد تلك القرائن ولا غيرها كان ﴿ **بينهما وإن زادت جذوع احدهما** ﴾ لأن الكثرة والقلة سواء في الدلالة على ثبوت الحق وكان موضع ما ذكر كتاب الدعاوى .

---

(١) **قوله** : وقال المؤيد ، أقول : في الغيث وقال المنصور وأحد قولي المؤيد ولم يذكر فيه دليل المنصور والشارح استدل له بما ترى ورده وهو رد صحيح فان المراد لا يثبت حق يده في مشترك او في ملك خاص بالغير ، فقول الشارح إنما يتمشى الخ صحيح ، واعلم ان المصنف قوي في البحر كلام المؤيد ، وكذلك الفقيه س وكان يفتي به ويقول لا يصلح الناس إلا هذا ويأتي للشارح انه اختاره شيخه المفتي ، قال الامام شرف الدين ينظر فان كان في المجرى مثلاً عناية وعلامة وفعل لا يفعل العادة إلا بحق كالبناء والقضاض ، وكذا السواقي التي تقدم عهدها حتى تأسس فيها الزبل كان لليد حكم لأن العادة جارية ان ذا الحق لا يترك ذلك في ملكه ، وكذا المجال المكللة كان القول ما ذكره المؤيد ، وإن كان مما يفعل في ملك الغير عادة من غير جص ولا عناية فقول الهدوية ، ثم إذا ثبت ذلك على كلام القولين وأراد مالكه تحويله فقيل يكون له ذلك وقيل لا وقواه في البحر الامام.

(٢) **قوله** : مهندماً أقول لم نجد في القاموس مادة هندم حتى نستوفيه فهو لفظ غير لغوي اهـ اللجنة : ـ ورد في المنجد هندم الشيء ظرفه واتقنه = اللجنة .

﴿فصل﴾[١]

﴿**ولا يُضَيَّق قرارُ السكك النافذة**﴾ بما يضيق[٢] سعتها المعتـادة ﴿ **ولا** ﴾ يضيق ﴿ **هواؤها بشيء** ﴾ أيضاً خلافاً للمؤ يد والشافعي في الهواء محتجين بأن لا حق للمار في الهواء فهو باقٍ على[٣] أصل الاباحة إذ لا يتبع إلا الملك لا الحق والفرض أن السكة باقية على أصل الاباحة إذ الظاهر من نفوذها عدم اختصاص أحد بها فهي في المصالح كبطن الوادي لا يجوز فيها الا ما يجوز فيه ﴿ **وإن اتسعت إلا بما لا ضرر فيه لمصلحة** ﴾[٤] أو لمن فيه مصلحـة ﴿ **عامة باذن الامام** ﴾ المشهور[٥] بالورع وتحري المصالح وتجنب المفاسد ، وأما قوله ﴿ **أو خاصة** ﴾ لواحد من أهل السكة فتركيب[٦] مختل لأنه عطف على العامة المقيدة بأذن الأمام وقيد

---

(١) **فصل** ولا يضيق قرار السكك النافذة ، أقول : هذا الفصل معقود لبيان أحكام النوع الثالث من الشركة في الأملاك ، وهي الشركة في السكك فقوله تضيق مجزوم بحرف النهي أي لا يجوز ويصح الضم على الأخبار ، وبعدم الجواز صرح الأثمار وزاد مسبلة أو مشروعة أو منسدة ، قال شارحه عدل عن عبارة الازهار لانها توهم ان ذلك الحكم ثابت في النافذة مطلقاً سواء كانت مسبلة أم لا وليس كذلك ولان قوله أو خاصة فيما شرعوه يوهم ان ذلك لا يجوز الا بأذن الأمام فقط ، بل قد صرح به في شرح الازهار ، وقال المؤلف ما معناه وذلك غير صحيح ، لانه لا ولاية للأمام على ذلك ، فليس له أن يأذن فيه لانه ملك لمعين .

(٢) **قوله** : بما يضيق سعتها ، أقول : ظاهره انه اذا لم يضيق سعتها جاز ، ويأتي بأنها لا تضيق ولو اتسعت .

(٣) **قوله** : وهو باق على أصل الاباحة ، أقول : ووجه ما ذكره المصنف من المنع ان الهواء تابع للقرار في كونه كتبعية هواء المالك لقراره وقد أشار الشارح الى دفع هذا الدليل بقوله اذ لا يتبع أي الهواء الا الملك لا الحق ، قلت لا يخفى انه رد بمحل النزاع ، وفي المنار الظاهر قول المؤ يد والشافعي في الهواء .

(٤) **قوله** : أو لمن فيه مصلحة أقول : زاده وجعل عامة صفة للاخير وصفة الأول محذوفة لدلالة الثاني عليه ، وان المصلحة فيما يعم الناس كافة أو يختص بمن فيه المصلحة كالقاضي والمدرس .

(٥) **قوله** : المشهور بالورع ، أقول : مسمي الامام داخل فيه الاتصـاف بالـورع لا الشهـرة فالقيد كاشف لا غير وكان يحسن حذف المشهور اذ يكفي فيه كونه ورعا .

(٦) **قوله** : فتركيب مختل ، أقول : قد سبق الى التنبيه عليه كما سلف وكذلك أصلح العبارة الفتح بما لا يرد عليه ذلك .

المتبوع قيد للتابع ولا مدخل لأذن الأمام ﴿ **فيما شرعوه** ﴾ أي تركوه[1] من أملاكهم مشتركاً بينهم لمصالح المحتاج اليها ﴿ **كالميزاب والساباط** ﴾ سقيفة[2] بين دارين تحتها طريق ﴿ **والروشن والدكة والمسيل والبالوعة** ﴾ ، وأما نفوذها فلا يكون مستلزماً لتسبيلها بعد العلم بأنهم إنما تركوها من أملاكهم لمصلحتهم وإنما يكون النفوذ دليلاً على التسبيل فيما جهل ملكه رجوعاً بذلك الى البراءة الأصلية عن الملك وإن تعلق به الحق كبطن الوادي ﴿ **و** ﴾ هذا[3] أعني

---

(١) **قوله** : أي تركوه من أملاكهم ، أقول : كأن أحيوا أرضاً مباحة وعمروها وجعلوا بينهم شارعاً نافذاً فهذا في حكم الطريق المسبلة لكن لهم الانتفاع بما يلائم أحداث ما ذكر .

(٢) **قوله** : سقيفة بين دارين ، أقول : هذا كلام القاموس وفيه الروشن الكوة ، وفيه البالوعة والبلوعة والبلاعة غير مشددتين ، بئر تحفر ضيق الرأس يجري فيه ماء المطر ونحوه ، هذا وفي شرح الأثمار لابن بهران تفسير الروشن بما يخرج من البناء على هواء الشارع على أبواب أو على غير الأبواب وهو صغير ، قلت وكأنه لفظ عرفي لا لغوي ، فأنه لا يصح ان يراد به هنا الطاقة .

(٣) **قوله** : وهذا أعني اعتبار اذن الامام ، أقول : في الغيث عطف الثاني على لا تضيق السكك أول الفصل فانه قال ولا يجوز في السكك المنسدة وكلام الغيث هو الاصح بل لا بد من اذن الشركاء قال في الغيث صار حاصل الكلام في السكك أنها على ثلاثة أضرب الأول نافذة مسبلة ، الثاني نافذة غير مسبلة ولكن تركوها بين أملاكهم من غير تسبيل ، الثالث المنسدة وهي التي لا تكون نافذة فالأول لا يجوز فيه احداث شيء مما يضيق قراره وهواءه الا بالشروط الثلاثة ، والثاني يصح فيه للمصلحة العامة بشرط عدم المضرة واذن الأمام والخاصة اذا كانت من مرافق الاملاك المحيطة التي ذكرنا في الروشن وغيره ، والثالث لا يصح فيه شيء من ذلك الا باذن أهله ا .هـ . قلت وفي شرط اذن الامام في الثاني ما سلف عن مؤلف الاثمار وعن الشارح ، ثم ظاهر الازهار انه لا يحدث في الثاني الا ما يخص أهل السكة ، وظاهر الغيث انه يصح لمصلحة عامة ، فالغيث خالف الأزهار بالتعميم . (فائدة) في شرح الأثمار عن الامام يحيى وغيره تجوز الجلوس في الشوارع والسكك بشرط عدم الاضرار ، وكذا في السوق ، قيل فان حصل من وقوفه مضرة ضمن ا .هـ . قلت وقد ورد في الأحاديث شروط وآداب لمن قعد على الطريق نظمها الحافظ ابن حجر العسقلاني كما ذكره جلال الدين السيوطي رحمهما الله بقوله :

جمعت آداب من رام الجلوس على الـ ... طريق في قول خير الخلق إنسانا
أفسن السلام وأحسن في الكلام وَشَمْـ ... ت العاطس الحماد احسانا (هـ)
في الحمل عاون ومظلوما أعن وأغث ... لهفان رد سلاما وأهد حيرانا
بالعرف مروانه عن نكر وكف أذى ... وغض طرفا وأكثر ذكر مولانا

(هـ) وفي نسخة : (افش السلام واحسن في الكلام وفي وشمت العاطس الحماد ايمانا).

اعتبار أذن الأمام إنما هو في النافذة ﴿ **لا المنسدة** ﴾ فلايصح للأمام أن يأذن فيها لمصلحة عامة ولا خاصة ﴿ **إلا بإذن الشركاء** ﴾ وقد عرفناك أن لا دخل لنظر الفقيه فيما تراضى به الملاك إنما نظره موقوف على ما يفتقر إليه الحكم عند التشاجر ﴿**و**﴾ السكك الثلاث المذكورة ﴿ **تجوز** ﴾ لكل واحد من أهلها فتح ﴿ **الطاقات والأبواب** ﴾ إليها ﴿ **والتحويل** ﴾ لها من موضع إلى آخر ﴿ **إلا إلى داخل المنسدة** ﴾ لأن حق الخارجي قد انقطع عما وراء بابه وطاقته[1]، وقيل إنما ينقطع ملكه في منتهى بنائه فله الفتح في منتهاه الى مقابله في السكة لأن الفتح الأول ليس اسقاطاً لاستحقاق الثاني والخلاف إنما هو فيما فعل ﴿ **بغير إذن أهله** ﴾ أي أهل الداخل ﴿ **وفي جعل** ﴾ أحد أهل السكة المنسدة موضع ﴿ **بيت** ﴾ له ﴿ **فيها مسجداً ونحوه** ﴾من الأمور المستلزمةلزيادة على معتادة﴿ **نظر** ﴾ أي توقف في الحكم بالجواز وعدمه قالوا لتعارض المقتضى والمانع في كل من جانبي الجواز وعدمه ، أما مقتضى الجواز فحصول الملك ، وأما مانعه فادخال الضرر على الجار إلا أن علة المنع لو كانت هي ضرر الجار لما تردد المصنف هنا لأنه قد جزم فيما سيأتي بأن لكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار فالظاهر أن

= فهذه أربعة عشر أدباً لمن يقعد على الطريق ، أحمد والشيخان وابو داود «اياكم والجلوس على الطرقات فان أبيتم الا المجالس فاعطوا الطريق حقها غض البصر وكف الاذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر» زاد ابو داود «وارشاد ابن السبيل وتشميت العاطس اذا حمد الله» .

وزاد سعيد بن منصور واغاثة الملهوف ، وزاد البزار والاعانة على الحمل وزاد الطبراني وأعينوا المظلوم واذكروا اسم الله كثيراً ، فهذه ثلاثة عشر أدباً ظاهر الاحاديث وجوبها وهي في النظم ثلاثة عشر وفي الاحاديث احد عشر ، وذلك لانه زاد في النظم افشاء السلام وفي الاحاديث رد السلام في النظم ايضاً وزاد في النظم احسان الكلام وقد ورد في رواية لابي هريرة .

(١) **قوله** : وقيل انما ينقطع ملكه في منتهى بنائه ، أقول : اختار مؤلف الاثمار التفرقة بين فتح الطاقة والباب فاجاز الأول وهو ظاهر كلام التذكرة والحفيظ وغيرهما كما في شرح الاثمار ووجهه ان الكوة تصرف في ملك الفاتح وله ان يزيل جداره بالكلية وقد تعقب هذا بما في هامش شرح الاثمار بانه يحتمل ان ليس له ازالة الجدار لان فيه ضرراً على أهل الشارع بدخول السارق ونحوه ، قيل وكذا لو فتح باباً للاستطراق منه قيل ويحمل المنع لتأديته الى ثبوت حق الاستطراق فيه ، وكذا يجوز فتح الكوى الى داخل المنسدة لمن ليس من أهلها ممن يلاصقها جداره وكذا الى ملك الغير ولا يكون للجار منعه اذ هو تصرف في ملكه كما تقدم وينتفى الضرر عن الجار بان يبني في ملكه ساتراً أمام الكوة هكذا في شرح الاثمار ولا يخفى ما فيه .

التردد ، إنما هو في أنه هل يجوز لأحد الشركاء أن يستعمل المشترك استعمالاً زائداً على المعتاد أو لا ، والحق أن الزيادة ان منعت شريكه عن معتاده لم يجز لأنه استغرق على شريكه بعض منفعته وإلا جازت لكن عدم التضرر منفعة كما يشهد به وجوب الشفعة وهو الحق .

﴿ فصــل ﴾

﴿ **وإذا التبس عرض الطريق بين الأملاك** ﴾ لا أصلها فلا بد من البينـة عليهـا ﴿ **بقي لما تجتازه العماريات** [١] **اثنا عشر ذراعاً** ﴾ ترجمة لا حاصل لها لأن الكلام [٢] فيما قد أحاطت به الأملاك والعماريات إن كانت تجتاز بالفعل فلا حاجة الى التقدير المذكور بل تجتاز على عادتها وإن لم تكن تجتاز بالفعل فمدعى استحقاق اجتيازها في مملوك مدع على الغير وكلامنا مع التصادق على الالتباس لا في الدعوى والاجابة ولأن غاية ما تقوم عليه بينة مدعى اجتيازها هو اجتيازها ، وغايته إثبات حق بيد وقد تقدم عدم ثبوت الحـق باليد إلا على رأي المؤيد ، فلو قال وإذا تصادق الشركاء في الطريق على استحقـاق اجتياز العماريات والتبس عرضها بقي إلخ . . . لكان هو الصواب ﴿و﴾ الكلام في قوله أنه يبقى ﴿ **لدونه سبعة** ﴾ أذرع كالكلام فيما تجتازه العماريات ﴿و﴾ أما قوله إنه يبقى ﴿**في المنسدة مثلاً عرض باب فيها**﴾ فالقياس أن يكون مثل أدق ما بين سكتيها لأن العادة أن لا تدخل الحمولـة من باب

فصل واذا التبس عرض الطريق .

(١) **قال** : العماريات ، أقول : فسر في حواشي شرح الازهار بالمحاف التي تحمل على جملين وفسرت المحامل بما يحمل على جمل ولم أجدها في القاموس ولا في المصباح فينظر .

(٢) **قوله** : لان الكلام فيما قد أحاطت به الأملاك ، أقول : في الغيث وهذا التقرير على وجهين أحدهما ان الشارع أو الطريق أرض موات فانه يمنع من أراد احياءها من التعدي لمجاوزة المقدار المذكور ويجب ترك هذا القدر للطريق والثاني ان تلتبس الطريق بالملك ولا يتبين ذلك فيرجع الى هذا القدر فاذا كان قدر الملك معلوماً بقي الطريق على حاله ضيقاً كان أو واسعاً، ا. هـ. ولك أن تقول أراد بما تجتازه العماريات ما من شأنها أن تجتازه وهو مظنة بذلك وان لم تجتازه بالفعل، وذلك لأنه يراعى في الطريق مصلحة المسلمين لا سيما على التقدير الأول وأما على الثاني فنعم قد يقال التباس الطريق لا يستلزم ما كانت له من قبل فتعاد كما كانت. (فائدة) قال في الغيث وكأن القياس اذا التبست الطريق بالملك ان يصير لبيت المال لكن جعل ما تجتاز فيه قرينة تقديره فلم يكمل اللبس ا. هـ. وفي شرح الأثمار قيل ولعل الوجه ان الملتبس يصير لبيت المال والطريق من جملة المصالح فيترك لها ما ذكر من القدر على قدر الحاجة وقد اعترض كلام الغيث بان الملتبس القدر لا نفس الطريق.

البيت فيصغر وأما اليه فالعادة قاضية بايصالها اليه ﴿ **ولا يغير** ﴾ بزيادة ولا نقصان ﴿ **ما علم قدره** ﴾ من الطريق ﴿ **وإن اتسع** ﴾ اتساعاً زائداً على المحتاج اليه إلا بإذن من له الأذن فيه ﴿ **وتهدم الصوامع المحدثة** ﴾ بعد البيوت ﴿ **المعورة** ﴾ على أهل البيوت ، وأما إذا كان «أحداث الصومعة في أرض لمصالح ومن مالها فلا شبهة في عدم الجواز إذ هي منسدة ، ودفع المفاسد أهم من جلب المصالح فتهدم وجوباً ، وأما إذا أحدثها مالك في ملكه فلا يتمشى على ما اختاره المصنف من أن لكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار وإنما يتمشى على قول القاسم كما سيأتي ، وكذا لو تأخر بناء البيوت عن بنائها ، وإنما النزاع فيما لو بنيت في ملك لا تكون مسبلة فتكون كالتعلية على الملك ، وقد قلنا ﴿ **لا** ﴾ يهدم ﴿ **تعلية الملك وإن أعورت فلكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار** [١] ﴾ خلافاً للقاسم فيما تأخرت التعلية وللمالك في سائر الأضرار غير التعلية ، لنا موجب الملك الانتفاع كيف شاء المالك ، قالوا محل النزاع لأنه مطلق مقيد بأدلة الوصية بالجار وتقدم حديث «حتى حسبته يورثه» وحديث «لا يؤمن أحدكم حتى يأمن جاره بوائقه» [٢] وتعور الجار من البوائق والحديث

---

(١) **قال** : وان ضر الجار ، أقول : الحق منع ذلك لعموم «لا ضرر ولا ضرار» وأدلة التوصية في الجار زادت هذا العموم قوة فالاضرار محرم لكل أحد وخصوصاً الجار فمن أحدث في ملكه ما يضر الجار منع منه لتحريمه لا من أحدث في ملكه ما ليس فيه اضرار بجاره ، لكنه يكون ذريعة وسبباً الى اضراره فهذا لا يمنع لأنه أحدث ما لا يضر الجار وكونه يتسبب به إلى اضراره لا يصيره محرماً لعدم تحريم ذرائع الحرام ويأتي بسطه ، «وأعلم» ان الاضرار محرم كتاباً وسنة ، قال تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وقال تعالى (ولا تمسكوهن ضراراً) «ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن» (لا تضار والدة بولدها) وفي الوصية غير مضار، وفي السنة «لا ضرر ولا ضرار» نفى معناه النهي عن كل مضارة لمسلم أو لذمي ، وأما اضرار الجار فهو خلاف ما أمر الله به من الاحسان الى الجار في قوله (وبالوالدين احساناً) الى قوله (والجار ذي القربى والجار الجنب) وأحاديث التوصية بالجار والاحسان اليه بحر لا تنزفه الدلاء ، ولا يتسع له الاملاء ، فكان الواجب ان يقول المصنف وللمالك في ملكه ما شاء ، ما لم يضر الجار ، لحديث التوصية من الله في الاحسان الى الجار ، وحديث «لا ضرر ولا ضرار» ، ليفيد الحكم بدليله ، ولقد أفسدت هذه اللفظة التي أتى بها حقوق الجار ، وتعلق بها الحكام المقلدون للازهار ، فليت المصنف حذفها فانها خالفت الآيات والآثار .

(٢) **قوله** : بوائقه ، أقول : في النهاية غوائله وشروره ، وهو دليل على تحريم تعور ما يكره الجار رؤيته وان لم يعل على داره وهل يدل على منعه عن احداث ما هو سبب لتعور فيه توقف ، وفي شرح الاثمار انه يمنع ان أقر أن قصده الاضرار ، وأعلم ان الاصل ان للمالك ان يحدث في ملكه من التصرفات ما شاء اذ ذلك من لازم الملك لغة وشرعاً فله ان يفتح الطاقات في جدار داره ان كان مستقلاً بملك الجدار

من أصول الاسلام المشهورة ، وفي أكثر دواوينه المسطورة ، ﴿ إلا ﴾ أن تكون تلك المجاورة ﴿ عن قسمة ﴾ لم يجز المضارة اتفاقاً ولم يثبت لصاحبها ، قيل وكذا في السفل

= الذي يفتح فيه سواء فتحها الى ما يختص به من الهواء او الى ما يختص به جاره او الى ما هو مشترك بينهما وهذا الاصل لم يأت في الشريعة منعه فهو باق على أصل الجواز ، أما اذا كان الفتح الى هوائه فلا كلام ، وكذلك الى هواء يختص به جاره وذلك لانه تصرف المالك في ملك نفسه والهواء منفصل عما تصرف فيه فلا ريب في جواز ما فعله وانما الذي يمنع منه ويحرم عليه استعمال هواء جاره بأخراج رأسه ونحوه من استعمال هوائه ويحرم عليه تكشف حرم جاره وهذا محرم آخر غير فتح الطاقات ، يحرم عليه فعله من أعلى بيته من سطوح جاره ، ويستحق ان تفقأ عينه عند نظره الى حرم جاره كما ثبت في النص وأوضحناه في سبل السلام ، وهذا محرم لا تلازم بينه وبين فتح الطاقات فلا يمنع من فتحها ولا يلزمه فعل شباك ولا صروف تمنع من النظر كما قيل انما المحرم ما عرفته والا لزم ان يمر الجار بالعمارة على سطوح داره بسور مرتفع يمنع عن النظر لمن رقى السطح وهذا لا يقوله احد ، فانه لا حق للجار في دار جاره الا بغرز خشبته في جداره لثبوت النص في ذلك وفتح الطيقان لا ينافي أحاديث التوصية بالجار ولا يدخل تحت حديث «لا ضرر ولا ضرار» وليس من رعاية حقه انه يجب عليه ان يتصرف في ملك نفسه بما يريده والتوصية مشتركة بينهما ، فكل واحد له حق على الآخر وعليه حق له ، فيجب رعاية كل بما له وعليه ، فعلى فاتح الطاقة ان لا يستعمل هواء جاره ولا يتكشف حريمه ولا يؤذيه فيها ، وعلى الآخر ان لا يتظلم ولا يتجرم ولا يذم جاره بفتحه طاقة في ملكه فانه ما أسقط عليه حقاً ولا أخذ عليه شيئاً فهو بتجرمه وتظلمه لم يرع الحق الذي عليه لجاره فانه ليس له منع جاره عن تصرفه في داره وأما حديث حتى يأمن جاره بوائقه فقد فسرت البوائق في حديث مرفوع بانها غشه وظلمه وليس في فتح الطيقان غش له ولا ظلم فلا يتم استدلال الشارح بذلك فان حقيقة الظلم التصرف في ملك الغير او في حقه او وضع الشيء في غير موضعه وعلى التفسيرين ليس فاتح الطيقان في ملكه بظالم لجاره كما هو واضح ولا غاش له ، نعم لو صح حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده مرفوعاً وفيه «أتدري ما حق الجار ثم عد خصالاً حتى قال ولا تستطيل عليه بالبناء فتحجب عنه الريح الا بأذنه» ، الحديث فانه لو ثبت لكان حجة بانه ليس للمالك ان يحدث في ملكه شيئاً يمنع عن جاره ريحاً أو شمساً او ضوءاً الا بأذنه ولكان هذا حقاً للجار على جاره في داره كحقه عليه فيها بغرز خشبة ومؤاذنته ان أراد بيع داره لكن الحديث أخرجه الخرايطي في مكارم الاخلاق وفيه من لا يعرف ، وقال الحافظ المنذري ان قوله أتدري ما حق الجار لعله غير مرفوع ، هذا ولعل من أفتى بتحريم فتح الطاقة الى هواء جاره جعله من باب سد الذرائع فان فتحها ذريعة الى محرم هورؤية حرم الجار واستعمال هواءه الا ان لسد الذرائع تفاصيل لا يدخل تحتها مثل ذلك ولانه لا شيء من المباحات الا ويتصور انه ذريعة لمحرم فما كل ذريعة تحرم ولأنه يلزم ما قدمناه من ايجاب عمارة سور على سطح كل دار اذ السطح مع عدم السور ذريعة الى رؤية حرم الجار والى استعمال هواءه ولا بد ان يكون سوراً مصمتاً لا خرق فيه ولا شباك .

والعلو والمدغر والموقر وإن لم يكن الجوار عن قسمة وذلك من الشركة لا من الجوار لأن لكل واحد حقاً في بقاء ملك صاحبه على حالته الأولى .

﴿ فصل ﴾ [١]

﴿ **وإذا اشترك في أصل النهر** ﴾ أي منبعه ﴿ **أو مجاري الماء قسم** ﴾ إن أراد[٢] قسمة الماء لأن النهر غلب عليه ، وبذلك تشعر روايته في البحر عن الهادي فمخالف لما سيأتي من عدم ملك الماء والقسمة فرع الملك .

وأما قول المصنف أن الأقرب صحة قسمته إذا اشترك في أصله إذ الحق كالملك في أولوية صاحبه ، وعليه حمل قول القاسم بقسمة الأموال ، فكلام لا حاصل له لأن معنى القسمة الاختصاص بالنصيب ومعنى الأولوية الاختصاص بالمحتاج إليه منه في الحال وبين[٣] الأمرين بون بعيد ، وإن أراد قسمة قرار المنبع والمجاري كما هو الذي حمل كلامه عليه فلا حاجة الى قوله ﴿ **على الحصص إن تميزت** ﴾ لأن ذلك[٤] كالسماء فوقنا ولا إلى قوله ﴿ **وإلا مسحت الأرض** ﴾ لأن قسمة الأرض لا تكون إلا بالمساحة ولأن[٥] الأرض محتملة

---

(١) **(فصل)** (واذا اشترك في أصل النهر) ، أقول : هذا الفصل معقود لبيان ما يتعلق بالنوع الرابع من شركة الأملاك وهو الشركة في الشرب بكسر الشين المعجمة وهو النصيب من الماء ، وأما بفتحها فهو المصدر والاسم الشرب بالضم ، وقيل هما لغتان كذا في المصباح .

(٢) **قوله** : إن أراد قسمة الماء ، أقول : عبارته في الغيث قاضية بأنه أراد هذا .

(٣) **قوله** : وبين الأمرين بون بعيد ، أقول : عبارته قابلة للتصحيح بأنه أراد بالأولوية أولوية الملك اللازم عنها الاختصاص بالنصيب وكلامه ظاهر في هذا وهو الصواب اذ قد اشتركوا في ملك المقر أو الممر فلكل نصيب مما فيه ولا يتم نيل كل لما يستحقه الا بالقسمة وكونها فرع الملك ممنوع ولئن سلم فيه شايبة الملك لملك المقر أو الممر ، والشارح أبطل القسمة ولم يبين وجهاً يكون فيه نفع كل لقسطه من حقه .

(٤) **قوله** : لان ذلك كالسماء فوقنا ، أقول : تقدم له مثل هذا قريباً وتقدم ما عليه ، وصورة الاشتراك فيما ذكر ان يجتمعوا على الحفر أو أخراج الماء من البئر ، أو بأن يحيوا أرضهم على الماء المباح في وقت واحد فيكون بينهم على السواء حيث استوت عنايتهم وغراماتهم فان اختلفت عنايتهم وغراماتهم فعلى حسب ما تراضوا به نحو ان يتراضوا ان من أدى نصف الغرامة كان له النصف ونحو ذلك ، وأما اعتراضه على المساحة فلا طائل تحته .

(٥) **قوله** : لان الأرض الخ ، أقول : في الغيث أعني أرض النهر أو المجرى ولا عبرة بالحصص في المزارع وان كانت الشركة في الماء من حيث أحيوا عليه في وقت واحد كانت القسمة على قدر حصصهم

لقرار النهر ولقرار ما يسقيه وقسمة قرار النهر وقرار المجرى لا معنى لها وربما لا ينتفع كل بنصيبه وقسمة [١] ما يسقيه فرع الشركة فيها وكلامنا في الشركة في النهر ومجراه فقط ولا حاجة أيضاً الى قوله ﴿ **وقسم على الرؤوس** ﴾ لأن الاختلاط على وجه لا تتميز معه الحقوق تقدم [٢] حكمه في مسألة الخلط وبالجملة كلام المصنف هنا خبط والأولى حمل كلام الهادي على قسمة الماء صلحاً بين الشركاء لا وجوباً لأن الكلام في الماء ، وأما قوله ﴿**وأجرة القسام على الحصص**﴾ فموضعه باب القسمة ﴿ **ولذي الصبابة** ﴾ وهي ما ينصب من الماء السمائي وصاحبها من يسقي بها لكن للأسفل ممن يسقي بها ﴿ **ما فضل عن كفاية الأعلى** ﴾ لحديث أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال « للزبير حين خاصمه[٣] الأنصاري في شراج[٤] الحرة التي يسقون بها النخل إسق[٥]

= في المزارع فأن تشاجروا مسحت الأرض أرض النهر أي قراره اذا كانت الشركة فيه أو أرض المجرى اذا كانت الشركة فيه وأرض المزارع حيث لم يشتركوا في أصل النهر ولا في المجرى ولكن أحيوه على الماء جميعاً فلفظ أرض في الأزهار عام للثلاثة أعني قرار النهر ومجاريه والمزارع ا . هـ . فقد أبان مراده ، وأما قول الشارح فربما لا ينتفع كل بنصيبه فممنوع بأن أحقر سهم في المقر له في الماء ما ينفعه سيما ـ اذا كان الماء واسعاً .

(١) **قوله** : وقسمة ما يسقيه فرع الشركة ، أقول : ما يسقيه وهو المزارع لا قسمة فيها وان ما يمسح لا يعتبر بها قسمة الماء على ذلك الذي هو أقرب ما يفصل به النزاع .

(٢) **قوله** : تقدم حكمه ، أقول : تقدم أنها تقسم على الرؤوس سواء كانت مثلية أو قيمية وهذا هو الحكم هنا فهو مطابق لما سبق .

(٣) **قوله** : حين خاصمه الانصاري ، أقول : اختلف في تعيين الانصاري هذا على أقوال أربعة رجح الحافظ في الفتح انه حاطب بن أبي بلتعة واستشكل بأنه مهاجري لا أنصاري ، وأجيب بان الانصاري يطلق على المعنى الأعم من المتعارف ، وهو كل من ناصر النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وقد وقع هذا الاطلاق في مواضع وقال الدراوردي ان خصم الزبير كان منافقاً ، واستشكل لقوله من الانصار ووجهه القرطبي بانه كان من الانصار نسباً لا دينا ورد بأنها لم تجر عادة السلف بوصف المنافقين بالنصرة التي هي صفة مدح ولو شاركوهم في النسب ، وأما ما في الثعلبي بغير سند ان الزبير وحاطباً لما خرجا مرا بالمقداد فقال لمن كان القضاء فقال حاطب قضى لابن عمته ولوى شدقه ففطن له يهودي فقال قاتل الله هؤلاء يشهدون أنه رسول الله ويتهمونه فقد قال الحافظ بن حجر في صحة هذا نظر .

(٤) **قوله** : في شراج الحرة ، أقول : بكسر الشين المعجمة فراء آخره جيم جمع شرج بفتح أوله وسكون ثانيه هو مسيل الماء من الحرة الى السهل والحرة بفتح المهملة أرض ذات حجارة سود كما في المصباح .

(٥) **قوله** : «اسق يا زبير» ، أقول : بهمزة وصل من سقى يسقى وقطع من أسقى زاد ابن جريج في

يا زبير ثم أرسل الماء الى جارك » متفق عليه وفيه أنه قال الأنصاري حكمت له لأنْ كان ابن[١] عمتك قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « فاسق إذاً يا زبير حتى يبلغ الجذر » والجذر بالذال المعجمة[٢] أصول النخل ، ووهم[٣] من رواه بالمهملة قاله الخطابي ، وعند ابن ماجه والبيهقي والطبراني من حديث عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه آله وسلم قضى في

= رواية أخرجها البخاري فأمره بالمعروف وهي جملة معترضة ومثلها في رواية شعيب عنده وقد كان أشار على الزبير برأي فيه سعة للانصاري . فعرف انه ليس حكماً منه صلى الله عليه وآله وسلم بل شورى وأمرا بمعروف .

(١) **قوله** : لأن كان ابن عمتك ، أقول : بفتح ان على الأصح لأنها للتعليل حذف منها اللام أي حكمت له لأنه ابن عمتك أي لأجل ذلك ، وأما لفظ الشارح فليس في روايات البخاري وفي نسخة عليها خطه عمك وهو غير صحيح انما هو ابن عمتك وهو في بعض نسخ الشرح ، وذلك ان أم الزبير صفية بنت عبد المطلب زاد البخاري فتلون وجه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثم قال اسق يا زبير حتى تبلغ الجذر .

(٢) **قوله** : بالمعجمة أصول النخل ، أقول : قال الخطابي الجذر جذر الخشاب(ج) والمراد حتى تبلغ تمام الشرب ا. هـ. وبه تعرف انه ليس مسماه أصول النخل الا ان يريد الكناية عن تمام الشرب الا ان في القاموس انه يطلق على أصل الشيء. وفي النهاية حتى يبلغ الجذر يريد تمام الشرب من جذر الحساب وهو بالفتح والكسر أصل كل شيء، وقيل أراد أصل الحايط والمحفوظ بالمهملة.

(٣) **قوله** : ووهم من رواه بالمهملة ، أقول : في فتح الباري بفتح الجيم وسكون الدال المهملة ، وهو ما يوضع بين شربات النخل كالجذار وهو بمعجمة وفتحات التي تحفر في أصول النخل ، وقيل المراد به الحواجز التي تحبس الماء ، وروى الجدر جمع جدار حكاه أبو موسى قال ابن حجر والمعنى ان يصل الماء الى أصول النخل ، ان قيل كيف انه صلى الله عليه وآله وسلم حكم أولاً بقوله اسق يا زبير ثم أرسل الماء الى جارك وحكم آخراً بهذا الحكم المقيد أجيب بأن الأول لم يكن حكماً بتا ، بل من باب الاشارة والرأي كما دلت عليه رواية ابن جريج عند البخاري ، وأمره يعني النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالمعروف ، ومثلها في رواية شعيب عند البخاري فلما أغضبه صلى الله عليه وآله وسلم المخاصم للزبير حكم صلى الله عليه وآله وسلم الحكم الجازم واستوفى للزبير حقه كما أشير اليه في روايات البخاري ايضاً ، وأورد عليه بأنه كيف حكم النبي صلى الله عليه وآله وسلم في حال غضبه مع ثبوت النهي عن ان يقضي القاضي وهو غضبان ، وأجاب الخطابي بان النهي معلل بما يخاف على الحاكم من الخطأ والغلط والنبي صلى الله عليه وآله وسلم مأمون لعصمته في حال السخط والرضى .

(ج) هذه الضيعه لم ترد في جمع الخشب .

شرب النخل للأعلى أن يسقي قبل الأسفل ولا يحبس الماء في أرضه «إلا أن فيه انقطاعاً ، وأما الكفاية فقيل[١] حتى يبلغ الماء الكعبين لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى في سيل مهزور[٢] ومذينب أن يمسك حتى يصل إلى الكعبين ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل عند أبي[٣] داود وابن ماجه وهو عند الحاكم من حديث عائشة إلا أن

---

(١) **قوله** : فقيل حتى تبلغ الكعبين ، أقول : في البخاري قال ابن شهاب يعني الزهري فقدرت الانصار والناس قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم «ثم احبس حتى ترجع الى الجذر» ، وكان ذلك الجذر الى الكعبين ، قال في الفتح يعني انهم لما رأوا الجذر يختلف بالطول والقصر قاسوا ما وقعت فيه القصة فوجدوه يبلغ الكعبين فجعلوه معيار الاستحقاق الأول فالأول ، والمراد بالأول هو من يكون مبتدأ الماء من ناحيته قال ابن التين والجمهور على ان الحكم ان يمسك الى الكعبين ، وخصه ابن كنانة بالنخل والشجر ، قال وأما المزارع فالى الشراك وقال الطبري الاراضي مختلفة فيمسك لكل أرض ما يكفيها لان الذي في قصة الزبير واقعة عين وبهذا تعرف انه كان الاحسن ان يقول الشارح وأما قدر حبس الماء وان كانت الكفاية لازمة لذلك ، وأعلم ان صاحب المنار قال ليس بين كلامه صلى الله عليه وآله وسلم للخصمين اولا وكلامه آخراً فرق وليس بين الروايتين اختلاف لجواز ان الذي يبلغ الجذر قد يكون الى الكعبين بل قد يكون دون ذلك لان بلوغ الجذر يصدق قبل بلوغ الكعبين والظاهر ان كلمتي الحكم على حد سواء لانه صلى الله عليه وآله وسلم أثنى في عدة أحاديث على من استوى حكمه في الغضب والرضى وهو أحق الناس بذلك ، ثم سقى ما اتصل بالجذر لازم فقوله في حديث عبادة الى الكعبين يقضي لما اتصل بالجذرات ماؤه يبلغ الى الكعبين ، وفي حديث الزبير انما حكم ببلوغه الجذر أعم من أن يكون الى الكعبين أو أقل أو أكثر ، فحديث عبادة أضيق من حديث الزبير وأول حديث الزبير مطلق أيضاً وانما توهموا من غضب النبي صلى الله عليه وآله وسلم ان آخر كلامه أشد من أوله وهو صلى الله عليه وآله وسلم أرفع من ذلك . ولا يخفى انه مبني ان كلامه صلى الله عليه وآله وسلم حكم بت وقطع وقد سمعت عن الرواة من السلف انهم فهموا انه من المشورة وان كان فهمهم غير حجة على المنار الا انهم اقرب الى فهم مقاصده صلى الله عليه وآله وسلم ثم انه قال ان كلمتي الحكم سواء ثم أبان آخراً اختلافهما ، وأما ثناؤه صلى الله عليه وآله وسلم على من أستوت كلمته في الرضى والغضب فالمراد من لم يخرجه الغضب من الحق حتى يحيف عنه وان انتقل من حق الى حق .

(٢) **قوله** : مهزور ومذينب ، أقول : بضم الميم وسكون الها وضم الزاي بعدها واو ساكنة فراء ومذينب بذال معجمة ونون مصغر ، والذي في الشرح مذنب وهو في التلخيص كذلك ، وفي النهاية والفتح كما ضبطناه وهما واديان بالمدينة .

(٣) **قوله** : فيما تقدم عند أبي داود وأبن ماجه ، أقول : وصف الحافظ في الفتح الاسنادين بالحسن ولفظه واسناد كل منهما حسن .

الدارقطني أعله بالوقف ولا يضره لأن لرفع عمرو بن شعيب له شاهدين أحدهما عند ابن ماجه من حديث ثعلبة بن مالك والآخر عند عبد الرزاق عن أبي حاتم القرظى عن أبيه عن جده ﴿ **ومن في ملكه حق مسيل أو إساحة** ﴾ أي مسيل وإساحة هما حق على أن الاضافة بيانية ، والمراد بهما من مسيل ماء الأسفل في حقه ومن أساحة مائه الى ملك الأسفل ﴿ **لم يمنع المعتاد وإن ضرَّ** ﴾ أما أن ﴿ **عليه إصلاحه** ﴾ فالتحقيق[١] فيه ما تقدم في إجبار رب السفل على إصلاحه من أن استحقاق البدل حكم آخر غير استحقاق المبدل فيفتقر الى دليل ولا دليل على إيجاب الأبدال ﴿ **ويمنع المحيي لحريم العين والبئر والمسيل والدار** ﴾ أما حريم[٢] البئر الاسلامية فالمذهب أربعون ذراعاً ، وقال أحمد خمسة وعشرون ، وقال أبو يوسف ومحمد بئر الشرب أربعون وبئر الناضح ستون ، لنا حديث عبدالله بن مغفل مرفوعاً « من احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حق لها لعطن ماشيته » قالوا من حديث إسماعيل[٣] بن مسلم المكي وهو ضعيف ، قلنا هو عند الطبراني من طريق أشعث عن الحسن ، قالوا[٤] تركه

---

(١) **قوله** : فيما تقدم والتحقيق ما تقدم الخ ، أقول : التحقيق ما تقدم لنا من رد كلام الشارح فتذكر .

(٢) **قوله** : أما حريم البئر ، أقول : قدم حريم البير وان كان متأخراً لأن دليله أظهر من دليل ما قدم ، والعطن بفتح المهملة والطاء وطن الابل ومبركها حول الحوض ، ومربض الغنم حول الماء كما في القاموس .

(٣) **قوله** : اسماعيل بن مسلم المكي ، أقول : كنيته أبو الحسن كان من البصرة ثم سكن مكة وكان فقيهاً ضعيف الحديث كما في التقرير ، والحديث لو ثبت دليل على مطلق البير من دون تعيين بير شرب أو ناضح .

(٤) **قوله** : قالوا تركه أحمد الى حديث أبي هريرة ، أقول : عرفنا بالاستقراء انه لا ينقل الشارح الا من التلخيص حتى انه اتفق في نسخته منه غلط فنقله بغلطه نبهنا عليه في الجزء الأول ، والذي في التلخيص هنا هكذا بعد ذكر اخراج الطبراني لحديث عبدالله بن مغفل ، وفي الباب عن أبي هريرة عند أحمد لم يزد حرفاً على هذا فيحتمل انه أراد ان عند أحمد حديثاً لأبي هريرة بمثل حديث عبدالله في التقدير بالأربعين ويحتمل ان المراد في التقدير في الجملة والأول اظهر ، وبالجملة لا دليل في كلامه على ان أحمد ترك حديث عبدالله عادلاً الى حديث أبي هريرة أصلاً ، نعم أخرج في التلخيص حديث أبي هريرة لانه أشار اليه الرافعي كما يخرج غيره من الاحاديث ولم يعزه الى أحمد بل الى الدار قطني وذكر اعلاله اياه بما ذكره الشارح فلعل الحديث الذي في الباب عند احمد غير هذا ، نعم في البحر ان أحمد يقول ان حريم البئر خمسة وعشرون فكأن الشارح رأى الحديث وافق دعواه فنسب اليه ما ذكر والله أعلم .

أحمد إلى حديث أبي هريرة مرفوعاً « حريم البئر البدىء»[١] خمسة وعشرون ذراعاً وحريم البئر العادي خمسون ذراعاً » قلنا أعله الدارقطني بالارسال ، وقال من أسنده فقد وهم وفي سنده شيخ[٢] الدارقطني محمد بن يوسف المقري أطلق الدارقطني وغيره عليه الوضع ، قالوا هو عند البيهقي عن ابن المسيب مرسلاً ، وزاد وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها وبذلك[٣] تمسك أبو يوسف ومحمد في الفرق وأخرجه الحاكم من حديث أبي هريرة موصولاً ومرسلاً وإن كان في سند الموصول عمرو بن قيس عن الزهري ضعيف فهو عند البيهقي من وجه آخر ، وإن كان فيه رجل لم يسم فالجميع متعاضد ، وقد قلتم بموجبه في البئر الجاهلية فلا محيص لكم عن قبوله في الاسلامية ، قلنا عملنا بالزيادة في خبر عبدالله بن مغفل إعمالاً للدليلين ، قالوا فتلزمكم الزيادة في بئر الز[illegible] كأبي يوسف ومحمد ، قلنا مرسلة قالوا : أصلكم قبول المراسيل وأما حريم البئر الجاهليةفخمسون اتفاقاً، وأما حريم العين فاستحسن الهادي خمسمائة ذراع للعين الكبرى الفوارة من كل جانب بلا نص ، والأقرب قياسها على البئر الجاهلية ودونها على الاسلامية ، وكل فيها على أصله ، وأما المسيل فحريمه قدر ما يتسع لطرح

---

(١) **قوله** : البدى ، أقول : بفتح الموحدة وكسر الدال بعدها مثناة تحتية وهي التي ابتدأتها أنت والعادية بالمهملتين القديمة .

(٢) **قوله** : شيخ الدار قطني ، أقول : هذه زيادة على ما في التلخيص فليس فيه انه شيخ الدار قطني .

(٣) **قوله** : وبذلك تمسك أبو يوسف ومحمد في الفرق ، أقول : ان أراد مطلق الفرق فنعم الا انه لا يجدي لانهما عينا قدراً ليس في الحديث اذ فيه للبدى خمسةوعشرون وللعاديةخمسون وللزرع ثلاثمائة وهما عينا أربعين وستين وفرقا بين الشرب والناضح وليس ذلك في الحديث كذلك ، وان أراد الفرق بتعيين ما ذكراه فليس كذلك، وبه تعرف ان قوله فيلزمكم الزيادة في بئر الزرع كأبي يوسف ومحمد يقال عليه كليهما لم يردا ما أفاده الحديث ومجرد الزيادة لا على وفق دليل كتركها اهمال للدليل ، فالكل لم يعملوا به ، والحق انه يختلف حريم كل ما ذكر باختلاف الجهة فأن في بعضها لا يزيد حريم البئر على عشرة أذرع ان أريد بالحريم ما يجر به الماء من البئر وان أريد ما يسقى ماء البئر من الأرض التي أحدث فيها فأنه أيضاً يختلف بكثرة ماء البئر وقلته وفي بعضها قد يكون الحريم الذي يحتاج فيه الى جر الماء من البئر مائة ذراع ونحوه ، واذا عرفت هذا وعرفت أنه ليس في الباب نص يعول عليه فليس الرجوع في التقادير الا الى نظر من اليه ولاية النظر في جلب المصالح ودفع المفاسد من إمام وحاكم في كل زمان ومكان بحكمهما .

ما يزال منه تنظيفه وقدره أبو يوسف بمثل ـ نصفه من كل جانب ومحمد بمثل ـ كله من كل جانب .

وأما قول المصنف ﴿ **إلا المالك** ﴾ فينبغي أن يراد مالكهما أي النهر والحريم معاً لأن ملك أحدهما لا يسوغ التصرف في الحريم لأنه إن كان ملكاً لغير مالك النهر فحق الحريم يمنعه عن إحيائه وملك غير مالك النهر له يمنع مالك النهر عن فعل غير ما يستحق فيه ،وأما حريم الدار فقيل مقدار أطول جدارٍ فيها ، وقيل ما تبلغ إليها أحجارها لو انهدمت ، والقياس هو القياس للكبيرة على البئر الجاهلية والصغيرة على الاسلامية بجامع الحاجة في الفرع الى ما يحتاج إليه في الأصل ﴿ **لا** ﴾ أنه يمنع ﴿ **من جَرِّ ماء** ﴾ موجودا ﴿ **في ملك غيره** ﴾ بأن حفر في ملك نفسه حتى نبع[1] ماء في ملك الغير ﴿ **من ملك نفسه أو سقي بنصيبه** ﴾ في الماء بناء على[2] صحة قسمته كما تقدم الكلام فيه فانه لا يمنع أن يسقي به ﴿ **غير ذات الحق** ﴾ لأن الاستحقاق لمالك الأرض المعتاد سقيها لا لها ، وأما تخصيص مالكها لها بالسقي فلا يوجب لها عليه حقاً وهذا فيما إذا كانت الساقية مملوكة مشتركة ، وقد وقعت القسمة بالمهايأة ، وأما إذا لم

---

(١) **قوله** : حتى نبع ماء في ملك الغير ، أقول : وذلك لانه حفر في ملكه الذي لا حق فيه لغيره فلا وجه لمنعه وسواء حفر من أعلى أو من أسفل ، وعن القاسم لا يجوز وقيل القياس الجواز ان تقدم ملك الحافر على النهر لا ان تأخر كما في شرح الاثمار والذي يقوى عندي كلام القاسم أما إذا كان الماء الذي جره الى ملكه ماء مملوكاً لجاره كأن يكون جاره استخرجه من الأرض ، الى ما حفره في ملكه فأنه قد نقله من مقره وحازه في حفرته في ملكه فالذي جره بحفره في ملكه آخذ للماء المملوك بحيلة حفره في أرضه وهذه الحيلة لا تنتج له أخذ ملك غيره ، وما هي الا مثل حيلة صاحب القرد المعلم بأدخاله الى دار قوم فيأخذ من متاعهم وحليهم ويخرجه الى صاحبه ، وان كان الماء الذي في أرض جاره مباحاً فحفر الآخر في أرضه لينقله اليها فأنه أيضاً محرم لانه قد سبق اليه من حازه فهو أحق به فلا يحل التحيل لابطال حقه .

(٢) **قوله** : بناء على صحة قسمته يعني الماء ، أقول : في أصول الأحكام قال القاسم لا بأس ببيع الماء في العيون والانهار وقسمته بين الشركاء ، ووجه قوله عليه السلام انه لا خلاف في جواز القسمة فكذلك البيع والقسمة عندنا وعند الأكثر بيع لان حق كل واحد من الشركاء شائع في الجميع فاذا ميز حقه كان قد جعل لشريكه عوضاً عما أعطاه فعرفت انه نقل الاتفاق على جواز القسمة .

يكن لمالك ذات الحق ملك في الساقية وإنما له حق المرور فلمن له الملك أن يمنع[١] سقي غير المعتادة ، وأما قوله ﴿ إلا لأضرار ﴾ [٢] يحصل على شريكه في استحقاق الماء فقد فسروه بأن يؤدي سقيه غير ذات الحق الى جفاف الساقية المشتركة أو يكون له كفاية التي فوق الأسفل وللأسفل ما فضل عنها لأنه اذا صرفه الى غيرها ذهب بالفضلة وكل هذا وهم على أصل الهدوية في عدم ملك الماء إلا بالنقل والإحراز ومبني على أن للشريك حقاً في تندية الساقية بمائة وفي إيصاله إليه وعلى أن الحق والأولوية للأرض لا لمالكها [٣] وكذلك في حيز مظلم .

﴿ فصل ﴾

﴿و﴾ إنما ﴿ يملك الماء بالنقل ﴾ له الأرض ﴿و﴾ لا حاجة الى ذكر ﴿ الأحراز ﴾ لأن الحرز إنما يشترط لقطع السارق لا للملك فلو بدل الأحراز بالحوز لكان أولى ، وأما قوله ﴿ أو ما في حكمها ﴾ فهو كما ينصب الى المقار المتخذة له في الملك

---

(١) قوله : ان يمنع سقي غير المعتادة، أقول : منعه اضرار به مع أن مرور الماء من ساقية مملوكة نفع لها ليس عليها منه ضرر ومنع مالكها لجاره ان يمر فيها الماء اضرار به ، وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى بسنده الى عمرو بن يحيى المازني عن أبيه ان الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من القريض فأراد أن يمره في أرض محمد بن مسلمة فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعا محمد بن مسلمة فأمره أن يخلي سبيله فقال محمد بن مسلمة لا فقال عمر والله ليمرنه ولو على بطنك ، وأخرج في معناه حديثاً مرفوعاً من حديث سمرة بن جندب أنه كان له غيضة من نخل في حائط رجل من الانصار قال ومع الرجل أهله ، وكان سمرة بن جندب يدخل الى نخله فيتأذى به ويشق عليه فطلب اليه أن يبيعه فأبى فطلب اليه أن يناقله فأبى فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فذكر ذلك له فطلب النبي صلى الله عليه وآله وسلم ان يبيعه فأبى فطلب اليه ان يناقله فأبى فقال هبه لي ولك كذا وكذا أمر من غيضه فيه فأبى فقال أنت مضار وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم للأنصاري اذهب فأقلع نخله ثم ذكر أحاديث معارضة لهذا والحق أنه اذ كان فيه منع لجاره ولا ضر عليه انه لا يجوز له منع جاره لحديث غرز الخشبة ونحوه .

(٢) قال : الا لأضرار ، أقول : هو استثناء من قوله أو سقى بنصيبه فقط لا اليه ، والى قوله لا من جر ماء في ملك غيره وهذا خاص بأن من جر الماء يحل له ولا يمنع وان ضر جاره وحديث لا ضر عام والجار أحق بعدم المضارة كما قدمنا ، وأما هنا ففيه زيادة هو ما أسلفناه قريباً .

(٣) قوله : لا لمالكها ، أقول : الملك لمالكها والحق له يضعه فيها وهي لم يثبت لها حق الا تبعاً لملك المالك لها فكلامه لا حاصل له والبحث في أفق نيرلا في حيز مظلم .

﴿ **فيتبعه أحكام الملك** ﴾ من صحة بيعه وضمانه وقطع سارقه إذا بلغ النصاب ونحو ذلك ﴿ **وهو مثلي** ﴾[١] يجب ضمانه بمثله لا بقيمته ﴿ **في الأصح** ﴾ وقال الناصر والمؤ يد وأبو حنيفة قيمي لتفاوته في العذوبة والملوحة والخفة والثقل ، قلنا لا تخلو[٢] المثليات من التفاوت المغتفر ﴿ **وما سوى ذلك** ﴾ المنقول المحرز وما في حكمه وهو ماء الأودية[٣] والجبال والفلوات ﴿ **فحق** ﴾ أي مباح ولو قال كذلك[٤] لكان هو الصواب لأن المباح أخص من الحق ، فكل مباح حق لكل أحد وليس كل حق مباحاً لجواز اختصاص الواحد به فكانت أقسام الماء على هذا منقول غير محوز ومحوز غير منقول ، وغير منقول ولا محوز ثلاثة ، فأما الثالث فانه لمن سبق إليه قدر كفايته[٥] ، ولو قال كذلك لكان هو الصواب لايهام ترك القيد اختصاصه بما

فصل: ويملك الماء بالنقل والأحراز.

(١) **قال** : وهو مثلي ، أقول : لم يستدل له الشارح بل اكتفى برد دليل الخصم واستدل له في الغيث بقوله صلى الله عليه وآله وسلم في تشبيه ماضي الدنيا بباقيها كشبه الماء بالماء والقصد المبالغة فهو أبلغ الاشياء مشابهة ومثله في شرح الاثمار [أ] ولانه قد ذكر فيه المد والصاع هذا ولا يخفى انه كان الأحسن تقديم الحكم بأنه مثلي على التقسيم أو تأخيره عن الأقسام لا توسيطه وقد سلك الاثمار الأول وتبعه عليه الفتح .

(٢) **قوله** : قلنا لا تخلو المثليات عن التفاوت المغتفر ، أقول : قال البعض انه من المثليات اذا كان من نهر واحد لئلا يختلف بالخفة والثقل وقيل يعتبر فيه عرف جهته وكلام الشارح أقرب .

(٣) **قوله** : وهو ماء الأودية ، أقول : الضمير لما سوى ذلك لا لقوله وما في حكمه وان كان الأقرب ذكراً لان الذي في حكم الملك هو مواجل الحصون والبيوت .

(٤) **قوله** : ولو قال كذلك لكان هو الصواب ، أقول : لذلك عبر الاثمار بالمباح حيث قال في تقسيم الماء انه ملك وحق ومباح اتفاقاً فجعل هذه الثلاثة الأقسام متفق على أحكامها فماء الفلوات حق اتفاقاً لمن سبق الى الأحياء مثلاً عليها وهي مباحة اتفاقاً فان لم يسبق اليها أحد فان سبق بالأحياء مثلاً عليها فهو أحق به ، فهذان متفق عليهما كالاتفاق على ملك ما نقل وأحرز ومحل الخلاف الرابع وهو المستخرج في ملك أو الواقع أو التابع فيه بنفسه ومثله في الفتح .

(٥) **قوله** : قدر كفايته ولو قال كذلك كان هو الصواب ، أقول : هذا ذهول عن قول المصنف فحق لمن سبق اليه قدر كفايته فقد أتى المصنف باللفظ الذي زاده الشارح لكن لفصله له عن قول المصنف ما يستحق ظن أنه لم يذكر فأخره الشارح واحتاج يقدر ما صرح به المصنف .

(أ) لفظ ما في شرح الاثمار لابن بهران ولان النبي صلى الله عليه وآله وسلم شبه ما بقي من الدنيا بما مضى فقال ولما بقي منها شبه بما مضى من الماء وقصد بذلك المبالغة في الشبه هذا لفظه .

زاد على كفايته وليس كذلك اتفاقاً ، وأما الثاني فمختلف فيه ، المذهبُ أنه مباح ، وعند أصحاب الشافعي وقديم قولي المؤيد بالله ملك وقد يتوهم[١] الفرق بين ماء الآبار والعيون المستخرجة منه وبين ماء حيز من ماء السماء في المقار المتخذة له فلهذا حكم المصنف بأن ما حازته المقار المتخذة لماء السماء حكمه حكم المنقول المحوز في الملك وجعل ماء الآبار ونحوها كماء السيول[٢] والفلوات وذلك فرق بلا فارق إذ الأقسام العقلية ثلاثة كما عرفناك[٣] لا يثبت العقل لها رابعاً على ما يقضيه القيدان الموجبان للملك .

إذا عرفت هذا قلنا في كون الثاني مباحاً حديث « المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار » تقدم ، قالوا المراد به مياه الأعراب التي ينتجعونها كما صرح به[٤] حديث أبي هريرة المقدم أيضاً ، قلنا[٥] موافقة حكم الخاص لحكم العام لا يخصصه الا عند أبي ثور كما تقرر في الأصول ، قالوا[٦] « عموم » قد أخرجتم عنه المنقول المحوز وما في حكمه وجعلتم ما في

---

(١) **قوله** : وقد يتوهم الفرق ، أقول : هذه التسوية هي رأي المصنف ومن تبعه فجعل الواقع في المقار المملوكة وهي بالقاف والراء جمع مقر اسم مكان لمحل قرار الماء ملكاً لذي الأرض والمستخرج فيها كالانهار حقاً للمالك ، ولا شك انهما معاً واقعان في ملكه بل ماء الآبار أشد عناية في استخراجه وتحصيله فلو عكس الامر وقيل انه ملك والواقع في المقار حق لكان أقرب لأنه قد نقله من باطن الأرض الى ظاهرها ، وقد جنح مؤلف الاثمار الى عدم الفرق كما ذهب اليه الشارح كما نقلناه عنه آنفاً وكان على الشارح ان يقيد قوله المقار المتخذة له بكونها مملوكة كما قيدت فيما سلف في أول الفصل وكأنه اكتفى به . . ولله جزيل الحمد والمنّه .

(٢) **قوله** : كماء السيول والفلوات ، أقول : أي ان ماء البئر مثلها اذا سبق الى الاحياء عليها أحد حتى صار له حق فيها لا أنه كماء الفلوات المباح .

(٣) **قوله** : ثلاثة كما عرفناك ، أقول : وأما جعل الاثمار لها أربعة فلأنه قسم الثالث وهو ما ليس مملوكاً ولا محوزاً قسمين ، إما أن لا يسبق اليها أحد فمباح أو سبق الى الأحياء اليه أحد فهو حق .

(٤) **قوله** : كما صرح به حديث ابي هريرة ، أقول : تقدم في شرح قوله والمسبل يتبعه .

(٥) **قوله** : قلنا موافقة حكم الخاص ، أقول : وهي مياه الاعراب وحكم العام هو شركة الناس في الماء العام لا تخصيصه أي لا تخصيص العام بقصر الحكم على الخاص بدون العام وأبو ثور يخصصه به وهو مردود في الأصول .

(٦) **قوله** : قالوا عموم ، أقول : أي لفظ الماء في حديث الناس شركاء عام خصصتم من عمومه ما نقل =

حكمه ماء المقار المتخذة لحوز ماء السماء والآبار والعيون المستخرجة متخذة بحوز ما فيها من ماء الأرض ، وكون أحد المحوزين بالملك ماء سماء والآخر ماء أرض وصفان طرديان في الفرق . قلنا لأن النهي متعلق بمنع الفضل ولا فضل في ماء نقل ونحوه ، قالوا الماء في الأصل مباح كالأرض الميتة ، قلنا[١] نحن نقول بالموجب فيما لا فضل فيه والنزاع[٢] إنما هو في الماء العد أي الدايم في الملك ، قالوا الملك لا يتوقف[٣] على النقل ، قلنا مسلم في غير الماء والماء خرج

= وحيز فقلتم انه يملك أي وتقول الشافعية والمؤ يد ونحن نخص ما حيز ولم ينقل بأنه ملك للحائز قياساً على الأحاطة على الأرض المباحة .

(١) **قوله** : قلنا نحن نقول بالموجب فيما لا فضل فيه ، أقول : أي نقول بموجب دليلكم في أن المحوز غير المنقول ملك اذا كان لا فضل فيه على كفاية من حازه ، قلت وفيه تأمل فأنه ليس الا أحق به عندهم لا أنه يملكه فيبيعه أو يعاوض به .

(٢) **قوله** : انما النزاع في الماء العد أي الدايم في الملك ، أقول : العد بكسر المهملة بعدها مهملة هو الماء الذي له مادة لا تنقطع كماء العين ، والكثرة في الشيء والقديم من الركايا كما في القاموس ، فتفسيره بالدائم في الملك فيه نبوة .

(٣) **قوله** : قد لا يتوقف على النقل أقول أما عند معتبري النقل فلا بد منه بالاتصاف بالملك ، **(فائدة)** في الغيث إعلم أن المباحات في الماء وغيره من سبق الى شيء فيها كان أولى به كالجلوس في الأسواق ، قيل اذا كان مباحاً أو مسبلاً للوقوف فيه وأما لو كان ملكاً احتاج الى اذن المالك فأن كان موضوعاً للاستطراق لم يكن لأحد أن يقف فيه ، قال في شرح الأبانة عن الناصر يجوز الوقوف في السوق اذا كان واسعاً اذا لم يضر هذا مذهب أصحابنا والشافعي ان العبرة بالمضرة ، وقال أبو حنيفة يجوز اذا لم يمنعه أحد من المسلمين فاعتبر المنع وقد حكم الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وعلي بما ذكرنا قال ومتى جلس في موضع فله حريمه من كل جانب قدر ما يضع فيه متاعه ويمكنه البيع والشراء ويكون أحق به الى العشى وقال الغزالي الى الأبد ما لم يضرب ـ وهكذا اذا اعتاد موضعاً في المسجد ا . هـ . أخرجه البيهقي في السنن الكبرى بسنده الى الأصبغ بن نباتة المجاشعي أن علياً رضي الله عنه مر بالسوق فاذا دكاكين قد بنيت بالسوق فأمر بها فخربت وسويت قال ومر بدور بني البكاء فقال هذه من سوق المسلمين فأمر ان يتحولوا وهدمها ، وقال على من سبق الى مكان في السوق فهو أحق به ، قال فلقد رأيتنا نبايع الرجل اليوم ههنا وغداً من ناحية أخرى ، وأخرج من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال «لا يقم الرجل الرجل من مجلسه ثم يجلس فيه» وفعل علي عليه السلام وآل علي ان النهي متوجه الى من قد قعد فيه ذلك اليوم ، قلت وأما اعتياد موضع في المسجد فلا يثبت فيه حق للنهي عنه أخرج أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم عن عبد بن شبل «نهى عن نقرة الغراب =

بالنص قالوا الماء في الأصل[1] مباح كالأرض الميتة وقد تقدم دعواكم الاجماع على انها تملك بالأحاطة لحديث «من أحاط حائطاً على أرض فهي له» تقدم ، فقياس الماء عليها لجامع الأباحة الأصلية في أن الأحاطة عليهما توجب الملك لكل منهما ، قالوا المراد بالشركة في الثلاثة لأنه لا ينبغي منعها ، وإن نقلت وحيزت دليله النار فأنها لا تكون بالفعل إلا في حطب وفحم ، مملوكين فلو حكمنا بأباحتها لحكمنا بأباحة محلها المملوك اجماعاً ولا تقولون به فيحمل النهي على الكراهة وهي لا تنافي الملك ، قلنا ثبت الوعيد على منعه كما تقدم في حديث أبي هريرة ، ولا وعيد على ترك المندوب ، وإذا ثبت أنه مباح كان ﴿ **لمن سبق إليه قدر كفايته ولو** ﴾ كان ﴿ **مستخرجاً من ملك في الأصح** ﴾ إشارة إلى خلاف المؤيد والشافعية المذكور ﴿ **لكن** ﴾ الحكم بأباحة الماء لا يستلزم الحكم بأباحة محله بل ﴿ **يأثم الداخل** ﴾ إلى المحل ﴿ **إلا بأذن** ﴾ من مالك المحل ﴿**و**﴾ الماء الذي في الملك وإن جعلناه مباحاً فالمباح منه إنما هو ما فضل عن كفاية مالك المحل وحينئذ يأثم ﴿ **الآخذ** ﴾ منه ﴿ **على وجه يضر** ﴾ أخذه مالك المحل بأن ينقص عن كفايته إلا أنا عرفناك أن معنى أولوية المالك أولويته لكفايته في الحال لأنا لو جعلناه أولى بما يكفيه دائماً لما تحققت إباحة ما يُجوَّز نفاذه وانقطاعه حتى ماء الأنهار.

= وافتراش السبع وأن يوطن الرجل المكان في المسجد كما يوطن البعير» وكذا تحجر موضع السجادة لا يثبت به حق ، فللمصلى نقلها لان الحق في المسجد لمن حضر الصلاة فيه حال حضوره ولا حق فيه قبل ذلك ثم الاظهر انه لا يثبت له حق بعد يوم وقوفه ، لان القعود ليس من الأسباب التي تثبت بها الحقوق في غير حينه فغير كلام الغزالي أولى الا أنه أقرب الى عدم التشاجر .

(١) **قوله** : لأن الماء في الأصل مباح ، أقول : أما في الملك فمحل النزاع فلا يتم القياس المذكور ، والشارح قد جنح الى تصحيح ملك الماء المستخرج في الأرض المملوكة أو الواقع فيها أو النابع منها ، وهو مذهب المنصور والأمام يحيى والشافعي ، فالمملوكة عندهم من المياه قسمان ما نقل وأحرز وما كان في الأرض المملوكة ، وقد قدمنا تحقيق البحث في آخر فصل التحجر .

باب القسمة

﴿ فصل ﴾

﴿**يشرط في الصحة حضور المالكين او نائبهم أو إجازتهم**﴾ لأنها في القيمي بيع ولا بيع إلا من متبايعين ولهذا قال ﴿ **إلا في المكيل والموزون** ﴾ لأنهما مثليان فيجوز لكل من الشركاء أخذ نصيبه بلا حضور شريكه ﴿ **و** ﴾ يشرط للصحة ايضاً ﴿ **تقويم المختلف** ﴾ الأجزاء في القيمة لئلا يقع الغبن وفيه نظر[1] لأن الغبن انما يمنع في ما لو كان على مال صغير او غايب ، وأما غيرهما فهي في حقه كالبيع وقد تقدم انه يصح مع الغبن الفاحش ايضاً ﴿ **و** ﴾ كذا الكلام في اشتراط ﴿ **تقدير المستوى** ﴾ بالكيل والوزن لأنهم[2] جوزوا الجزاف في البيع ولا مخصص للقسمة باشتراط التقدير لأن الشرط انما هو حصول التراضي من أهله ﴿ **و** ﴾ ، أما اشتراط ﴿ **مصير النصيب الى المالك او المنصوب الأمين** ﴾ له ففي المثلى عرفت انه يصح انفراد الشريك بأخذ نصيبه منه ، ولا يجب عليه حفظ نصيب شريكه إذا لم يكن

باب القسمة

(١) **قوله** : وفيه نظر ، أقول : جعل الأثمار هذا شرطاً للإجبار لا للصحة ، قال في شرحه واستدل لذلك بأنهم قالوا إذا وقع الغبن الفاحش لم ينقض القسمة إن لم يكن فيهم صغير ولا غائب ولا تقويم مع الغبن الفاحش ، وقالوا إذا قسم المكيل جزافاً صح على قولنا أن قسمته إفراز ، وترك الكيل كترك التقويم ، وهذا هو الذي اختاره الفقيه ف للمذهب . فإذاً قد قالوا بصحة القسمة مع الغبن الفاحش وبصحة قسمة المكيل جزافاً ، وفي أنهم لم يجعلوا التقويم شرطاً للصحة ، ثم قال واعلم ان المؤلف لم يشترط لصحة القسمة إلا الحضور وما في حكمه ، وجعل باقي الشروط للإجبار كما ترى لا كما في الأزهار وغيره لأن ذلك هو الصحيح الموافق لقواعد المذهب . قلت وقد تابعه الفتح على هذا.

(٢) **قوله** : لأنهم جوزوا الجزاف في البيع ، أقول : الأولى حكموا بصحة بيع الجزاف لأن الكلام هنا في الصحة لا في الجواز على أنك قد عرفت انهم قالوا بصحة قسمة الجزاف ، هذا كما سلف آنفاً عن الأثمار فلا حاجة الى قياس القسمة على البيع ، وايضاً فلم يخصصوا البيع بذلك نعم روى عن المهدي انه قال إن قسمة المستوى لا تصح جزافاً بل لا بد من التقدير وان خالف قولهم ، قلت وهذا الذي يوافق قول الأزهار والتقدير في المستوى وإن قال في الغيث أنه يصح جزافاً فقد رجع عنه فالقياس في كلام الشارح للقسمة على البيع يصح إلزاماً له وأما في البحر فإنه اختار مثل كلام حفيده حيث قال فإن تراضوا بافرازه فالأقرب الصحة . قال شارح الفتح وهذا هو الذي اختاره إمامنا يعني صاحب الأثمار.

المشترك في يده ، فلا وجه لاشتراط ذلك في المثلى ، وأما في القيمى فاشتراط[١] الحضور كاف عن هذا الشرط ﴿ و ﴾ كذا الكلام في اشتراط ﴿ **استيفاء** ﴾ كل من الشريكين ﴿ **المرافق على وجه لا يضر أي الشريكين حسب الامكان** ﴾ كالكلام[٢] في الغبن الفاحش ﴿ **و** ﴾ أما اشتراط ﴿ **أن لا تتناول** ﴾ القسمة ﴿ **تركة مستغرق بالدين** ﴾ فصحيح على القول أن الوارث ليس بخليفة وأما القول بأن خليفة ينوب مناب الميت في انتقال الدين الى ذمته فلا وجه لهذا الشرط ثم لا يخفى ان المستغرق بالدين هو التركة نفسها فكان الصواب أن يقال تركة مستغرقة بالدين ، هذه شروط صحة أصل القسمة .

﴿ **و** ﴾ أما المشترط ﴿ **في الاجبار** ﴾ للممتنع عنها عليها فأمران ، احدهما ﴿ **توفية النصيب من الجنس** ﴾ أي من نفس جنس المقسوم فلا يجب عليه ان يقبل توفية نصيبه من غير جنسه ﴿ **إلا في** ﴾ ما تضره القسمة ونحوه مما قسمته بمجرد ﴿ **المهاياة** ﴾ . لكن هذا وهم[٣] لأن المهاياة يحصل بها على التوفية من الجنس بلا شك ﴿ **و** ﴾ ثانيهما ان تكون تلك القسمة التي يجبر عليها بحيث ﴿ **لا يتبعها قسمة** ﴾ قيل لأن القسمة مشروعة لدفع ضرر الشركة فاذا

---

(١) **قوله** : فاشتراط الحضور كاف ، أقول : قد حذف هذا القيد مؤلف الأثمار ، قال شارحه لأن ذلك قذفهم من قوله الحضور او ما في حكمه فإذا حضر المالك وخلى بينه وبين حصته كفى ، وأيضاً فإن ذلك يوهم أن مصير النصيب إليه أمر زائد على حضوره .

(٢) **قوله** : كالكلام في الغبن الفاحش ، أقول : ينظر في تطبيقه على ذلك وأما الأثمار فحذف هذا القيد قال شارحه حذفه لأنه قد دخل فيما سبق يريد في عبارة الاثمار وفي كلامه تأمل ايضاً وكأنه يريد ان هذا القيد لا حاجة له لأنه كما يدخل في المبيع ما ذكر يدخل في المقسوم .

(٣) **قوله** : وهم الخ ، أقول : هذا مبني على أن المراد بهذا ما يقبل القسمة بالمهاياة وانه يعدل في قسمته إلى غيرها فينافى ما يأتي ، **ولا شك ان عبارة المصنف هنا وفي الغيث توهم ذلك ، وقد نبه شارح الأثمار على ذلك** قال انما عدل عن قوله إلا في المهاياة لأنه يوهم غير المقصود وهو ان ذلك في قسمة غير المهاياة ، وليس كذلك بل المراد فيما تدخله المهاياة كما تقدم وقد اصلح العبارة البعض فقال إن المراد بهذا ما تدخله المهاياة فانه لا يعتبر فيه توفية النصيب من الجنس ، بل يصح من غيره ويجبر على ذلك الممتنع وذلك كشيئين مختلفين كسيفين ونحوهما ، فيصح ان يزاد مع احدهما دراهم ونحوها ولو كانت من غير التركة ، وقيل إنما يجبر إذا كان الزائد من التركة لأن ذلك بيع وهو لا يجبر على بيع ملكه وكلام الأثمار والأزهار يحتمل القولين بل هو أقرب الى القول الآخر على ان هذه الصورة المذكورة التي مثلت بها المهاياة لا تسمى قسمتها مع التوفية مهاياة في اصطلاح الفقهاء ولذا احتاج الشارح الى تقدير « غير » .

بقي بعد تلك القسمة اشتراك فالضرر باق فلا وجه للأجبار مع انتفاء الفائدة وفيه نظر لجواز حصول الضرر من بعض الشركاء دون بعض فتميز الضار عمن لا ضرر فيه كاف ، وأما قوله ﴿ **إلا** ﴾ انه يصح قسمة مايهايا بالمهاياة والقسمة التي يتبعها قسمة ﴿ **بالمراضاة** ﴾ فاستثناء منقطع لأن الكلام في الاجبار .

﴿ فصل[1] ﴾

﴿ **وهي في المختلف كالبيع** ﴾ وقال القاسم والهادي لا تكون كالبيع مطلقاً . قيل ، أما ما لا يقسم بعضه في بعض فكالبيع إجماعاً ﴿ **و** ﴾ وعلى هذا لا يوافق البيع ﴿ **في الرد بالخيارات** ﴾ الثلاثة الماضية ﴿ **والرجوع** ﴾ على شركائه ﴿ **بالمستحق** ﴾ عليه ﴿ **ولحوق الاجازة** ﴾ للقسمة الموقوفة ﴿ **وتحريم مقتضى الربا** ﴾ بل في المختلف ﴿ **وفي المستوى** ﴾ كليهما ﴿ **إفراز** ﴾[2] وقال الناصر والمؤيد والإمام يحيى وقول للشافعي بل هي في المختلف وفي المستوى كالبيع ، لنا على الناصر والمؤيد أنها لو كانت كالبيع لما صح

---

(١) **فصل** : وهي في المختلف كالبيع ، أقول : هذا الفصل مبني على تخريج أبي طالب وابي العباس للهادي وهو خلاف نصه فالعجيب جعل المذهب ما اخرج له لا ما نص عليه ولها نظائر في هذا المختصر ثم مراده أنها تشبه البيع في الأربعة الأمور التي عدها وقد حقق الشارح ان ثبوت الأولين من الأربعة وهو الرد بالخيارات والرجوع بالمستحق هنا في القسمة لعدم التساوي وهو شرط في القسمة هذا الذي قاله حق ، وأما الثالث وهو لحوق الإجازة فقد جعلوه احد شروط صحة القسمة حيث قال يشترط لصحتها إلى قوله أو إجازتهم ، وأما الرابع وهو تحريم مقتضى الربى فهو كما قال الشارح فرع كونها بيعاً فالحق انها ليست كالبيع مطلقاً كما قاله الهادي والقاسم .

(٢) **قال**: إفراز ، أقول : الفرز عزل الشيء عن الشيء وتمييزه عنه كالافراز كما في القاموس ومراد الفقهاء هنا بالافراز أن لا معاوضة بين الشركاء بل ما تمت الا تمييز كل شريك نصيبه ، ثم لا يخفى أنهم قالوا إنها كالبيع في المختلف لا أنها بيع حقيقي فقول الشارح انه لو كان بيعاً غير موافق لعبارتهم فما هي عندهم بيع من كل وجه ، إلا انه يحتاج الى الدليل في إثبات بعض أحكام البيع دون بعض قال في المنار الخصم مثلاً يقول كل حبة مشتركة نصفها لزيد ونصفها لأخيه وكذلك اللبن ولذا تصح فيه الشفعة ، ثم قال على الجملة لم أغفل هذا الافراز إذ لا يقول عاقل ان حق زيد متميز عن حق شريكه قبل القسمة بل كل جزء مشترك فيلزم انه صار بالقسمة لكل واحد بعض حق صاحبه بمقابله من حقه فهي =

الإجبار عليها كالبيع وعلى الهادي لو كانت إفرازاً في المختلف لما اعتبر في اخذ النصيب رضى الشريك واجيب بمنع الملازمة مسنداً بأن الشركة كالرهن والأجارة يوجبان في الملك حقاً يمنع المالك من أخذ ملكه بغير رضى من له الحق وأخذه لا يكون بيعاً بالإجماع ، ثم لو كان بيعاً لوجبت فيها أحكام البيع كلها واللازم باطل إذ تمنع فيها الشفعة ويتولى طرفيها واحد ويجبر عليها ولا يحتاج الى لفظين ولا تتعلق الحقوق بالوكيل فيها ولا تدخل الحقوق تبعاً ولا يحنث بها من حلف لا باع وأما موافقتها للبيع في الأحكام الماضية فالأولان لانكشاف عدم التساوي وهو شرط لها ، وأما لحوق الاجازة فليس من خواص البيع ، وأما تحريم مقتضى الرّبا ففرع كونها بيعاً وهو محل النزاع .

﴿فصل﴾

﴿و﴾ المشتركون ﴿لا يجابون﴾ الى ما طلبوه من القسمة ﴿إن عم ضرها﴾ جميعهم بمعنى أن الحاكم لا يجبر من امتنع منها وقال مالك[1] بل يجبر قلنا نهى عن الضرار.

= مبادلة خاصة دل الشرع على صحتها ، ولقد اذكر استنكاري هذا الافراز اول ما طرق سمعي في اول الطلب ولم ابرح اهـ .قلت ولا يخفى ظهور ما قاله إلا قوله ولذا تصح فيه الشفعة ففي البحر الإجماع على عدم صحة الشفعة في ذلك المختلف فضلاً عن المثلى فينظر ، وكلامه نقيض ما جنح اليه الشارح رحمهما الله تعالى حتى قال المنار انه مبادلة خاصة تصح فيها الشفعة والشارح قال ان أخذ المالك كحصته بدون رضى شريكه لا يكون بيعاًبالاجماع ،وقدمنا تحقيق أنها ليست بيعاً وإن ثبت بدليل مشاركتها البيع في بعض لوازمه وأحكامه فلا يقتضى ذلك انها مثله في غير ما ثبت دليله فتذكر قال ابن حزم لو كانت بيعاً لما جاز ان تأخذ البنت ديناراً والابن دينارين ولأنه يحل قسمة ما يحل تملكه ولا يحل بيعه كالكلاب والسنانير.

﴿ فصل ﴾ ولا يجابون

(١) قوله : وقال مالك الخ ، أقول : في النهاية لابن رشد المالكي، وأما اذا انقسمت الى ما لا منفعة فيه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعا الى ذلك احدهم ولو لم يصر لواحد منهم إلا ما لا منفعة فيه وبه قال ابن كنانة من اصحابه فقط ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وعمدتهم قوله تعالى ((مما قل منه او كثر نصيباً مفروضاً)) قلت لا يخفى أن قسمة حبة لؤلؤ مثلاً بين عشرة من الورثة لا تعد قسمة ، بل إتلافاً =

وأجيب بأن الشركة ضرار ويجوز دفع عظيم (ب) الضررين **بالأهون** كالكى لذات الجنب قلنا حيث لا يحصل لأحدهم ما ينتفع به فهو إضاعة مال وأجيب بأن السلامة من ضرار الشركة نفع ﴿ **و** ﴾ وإذا تراضوا بالقسمة مع عموم الضرر وأراد أحدهم أن يرجع بعدها فإنه ﴿ **لا رجوع إن فعلوا** ﴾ القسمة مع عموم الضرر كمن رضى بعيب المبيع ﴿ **فإن عم نفعها أو طلبها المنتفع أجيبوا** ﴾ وإن ضرت غير المنتفع كبيع مال المفلس لقضاء حق غيره أما لو طلبها من تضره فقط ، فقد تدافع عليه مفهومان : قوله فان عم نفعهما وقوله او طلبها المنتفع وقد رجح المصنف مفهوم الآخر وعلله بأنه سفه ، وقال ابو حنيفة وقول للشافعي يجاب والسفه ممنوع لأن مصلحة انقطاع ضرر الشركة بدفعه ﴿ **ويكفي** ﴾ في تعديل الانصباء للقسمة التي تقع بالاجبار ﴿ **قسام** ﴾ واحد اتفاقاً في الافراز ، وأما القيمي فيجب فيه ﴿ **عدلان** ﴾ إذ لا بد من تقويمه حينئذ فيعتبر فيه ما يعتبر في تقويم جزاء **الصيد** وإلى ذلك ذهب الشافعي ، واما[1] عبارة المصنف فصريحة في أنه لا بد من الثلاثة وليس كذلك لاشتراط عدالة القسام فهو كاف فيها عن واحد وإن باشر القسمة ﴿ **و** ﴾ أما ﴿ **الاجرة** ﴾ التي يطلبها فهي ﴿ **على** ﴾ قدر ﴿ **الحصص** ﴾ اتفاقاً في المكيل والموزون وأما في الممسوح

= وإضاعة ولا يحل ان يكلفنا به أيضاً لأنه تكليف بما لا يطاق ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها وليس ذلك من وسعنا والشارح وإن سكت على كلام من قال بالقسمة فإنه قد أتى آخراً بالصواب وهو قوله والحق ما ذهب إليه ابن أبي ليلى من أن قسمة ما تضره القسمة إنما هي ببيعه وقسمة ثمنه وهذا هو كما قال إنه الحق ثم قال وعمدة من منع القسمة قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم « لا ضرر ولا ضرار » وحديث جابر « لا تعضية على المواريث إلا ما حمل القسم » والتعضية التفرقة يقول لا قسمة بينهم قال ابن حزم إنه حديث مرسل ولفظه عنده « ولا تعضية على اهل الميراث إلا فيما احتمل القسم » ، قال ولو صح لكان حجة لنا لأن التعضية مأخوذة من قسمة الأعضاء وإنما الأعضاء للحيوان فقط . وقد قدم ان الرأس الواحد من الحيوان لا يقسم فلذا قال ان الحديث حجة له .

(١) **قوله** : وأما عبارة المصنف فصريحة ، الخ ، اقول : عدل عنها الأثمار الى قوله ويعتبر في التقويم عدلان وفي غيره واحد قال الشارح انما عدل لأن عبارة الأزهار توهم ان عدالة القسام غير شرط وانه يعتبر كون القسام غير العدلين فيصير ثلاثة ، وايضاً فإن لفظة عدلان محتملة لا يعرف ما اريد منها هل للتقويم او لغيره . وقول الشارح في الافراز ليس المراد فيما قسمته إفراز حتى يختص به المثلى بل مراده به التعيين والتمييز للانصباء وعبارة الفتح صريحة في ذلك حيث قال ويعتبر في التقويم عدلان وفي الافراز للحقوق بين الشركاء واحد .

(ب) وفي نسخة اعظم .

والمعدود فالمذهب كذلك وقال أبو طالب وأبو حنيفة على الرؤس لأن الغرض دفع ضرر الشركة وهم متساوون فيه قلنا الأجرة على العمل لا على الغرض وهو في الأكثر أكثر ﴿ و ﴾ ويجب ان ﴿ **يهايا** ﴾ أي يقسم بالنوبة ﴿ **ما تضره القسمة** ﴾ كالسيف والحمام والفرس وقال الشافعي لا مهاياة إلا بالتراضي لاستلزامها اختصاص البعض بالتقدم والبعض بالتأخر فلا يتحقق التساوي قلنا للحاكم أن يقدم من شاء ويؤخر من شاء كبيع ماله لغرمائه .

وأجيب بالفرق بأن لا حق في نصيب الشريك لشريكه بخلاف مال المدين فحق الغرماء متعلق به قلت الحق ما ذهب اليه ابن أبي ليلى من أن قسمة ما تضره القسمة إنما هي بيعه وقسمة ثمنه ﴿ و ﴾ يجب أن ﴿ **يخصص كل جنس** ﴾ من المنقول وغيره ولا حاجة[1] الى قوله ﴿ **في الأجناس و** ﴾ أما إذا كان الجنس واحداً جعل ﴿ **بعض في** ﴾ مقابلة ﴿ **بعض** ﴾ ولا يجب أخذ النصيب من كل عين ﴿ **في الجنس** ﴾ الواحد ﴿ **وإن تعدد** ﴾ أي افراده لامتناع تعدده في نفسه هذا قول ابي يوسف ومحمد أنه يجاب من طلب الأصلح من تعديل او تخصيص قياساً على قسمة الدار الواحدة بتعديل المنازل لا كل منزل لحصول الأضرار بذلك خلاف ما ذكره الإمام يحيى للمذهب . قلت إلا أن الأصلح قد يكون للبعض دون البعض ولهذا قال مالك إن كان أعيان الجنس الواحد في محال متعددة قسمت بالتخصيص وإن كانت في محل واحد قسمت بالتعديل وهو الحق لوجوب مراعاة مصلحة الكل مع ما أمكن من دفع مضرة الشركة ، ولهذا قال إنما يقسم بعض في بعض ﴿ **للضرورة** ﴾ بأن تكون المنازل صغاراً تضرها قسمة كل واحد فيعدل بأن يجعل واحداً مقابلاً لواحد إن أمكن ﴿ **أو الصلاح** ﴾ وإن لم يكن في التخصيص ضرورة مراعاة للمصلحة من دفع مفسدة مضرة الشركة او تقليلها بحسب الامكان ﴿ **وإذا اختلفت الانصباء** ﴾ في أرض بأن كان لأحد الشركاء جزءان وللآخر واحد قسمت أثلاثاً و ﴿ **أخرج الاسم** ﴾ عند القرعة ﴿ **على الجزء** ﴾ فيضم لصاحب الجزأين جزؤه الى جانب ، قال المصنف لأنه لو اخرج الجزء على الاسم لأدى الى تفريق نصيب ذي الجزأين او

---

(١) قوله : ولا حاجة الى قوله في الأجناس ، اقول : حذفه في الاثمار وعبارته ويقسم كل جنس بعضه ببعض حسب الضرورة والصلاح قال الوابل إنما عدل عن قوله للضرورة والصلاح الى حسب الضرورة إفادة للمعنى المقصود لأن عبارة الأزهار تفيد أنه يقسم بعض في بعض لأجل الضرورة مطلقاً ، وليس كذلك بل القسمة كذلك تكون للضرورة وبحسبها وكذلك الصلاح وعدل عن قوله في بعض لأن لفظة « في » غير صريحة في المقصود ، وأما الباء بنقطة من أسفل فصريحة في ذلك .

التشاجر في ضمه الى الآخر وعدمه فورد عليه ان ذلك مشترك بين العملين لأنه لم يضم له المتأخر الى المتقدم إلا باختيار القسام والشريك لا بالقرعة[١] ولهذا لم تكن هذه الكيفية الا استحساناً طلباً لطيبة خواطر الشركاء ؛ لا وجوباً ﴿ وإلا ﴾[٢] تختلف الانصباء

---

(١) **قوله** : ولهذا لم تكن هذه الكيفية الخ ، أقول : هذا عند اهل المذهب وفي البحر أنَّ الفريقين ورواية يحيى للمذهب انها تفيد الملك ، واستدل لهم بأقراعه صلىّ الله عليه وآله وسلّم بين نسائه ورده بأنه إنما فعله صلىّ الله عليه وآله وسلّم تطييباً لنفوسهن لا للملك ورده المنار بأنها قد ثبتت القرعة في محال متعددة لا يتم معها التأويل بما ذكر واختار أنها طريق شرعية بعد انسداد الطرق الشرعية غيرها وقد تقدم البحث في ذلك .

(٢) **قال** : وإلا فمخير ، أقول : هنا صور أربع الأولى أن تتفق أنصباء الشركاء المستويين في القدر ويتفق أجزاء الأرض ونحوها في القيمة ، الثانية أن تختلف الأنصباء والأجزاء فيما ذكر ، الثالثة ان تتفق الأنصباء وتختلف الأجزاء ، الرابعة عكسها ، مثال الأولى ان تكون الأرض بين الشريكين نصفين وهي مائتا ذراع قيمة كل ذراع درهم ففي هذه الصورة يخير بين إخراج الاسم على الجزء او العكس مثال الثانية ان تكون ارض بين ثلاثة شركاء لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللثالث سدسها وأجزاؤها مختلفة القيمة فجانب كل ذراع بدرهم وجانب كل ذراع ونصف بدرهم ، والجانب الثالث كل ذراعين بدرهم فانها تقسم أسداساً على الانصباء بعد ان تعدل بالقسمة بأن يجعل السدس مما ثمنه كل ذراع درهم مائة ذراع ومما هو كل ذراع ونصف بدرهم مائة وخمسين ذراعاً ومما هو كل ذراعين بدرهم مائتي ذراع ثم يقرع فيخرج الأسماء على الأجزاء ولا يجوز العكس في هذه الصورة ، ولا من احد الطرفين لئلا يؤدي الى التشاجر والغرر فإن خرج سهم صاحب النصف اعطى ذلك الجزء وكمل له نصبه مما يليه وإن خرج سهم صاحب الثلث **فكذلك** وإن خرج سهم صاحب السدس أولاً ابتدأ في الأجزاء الأخر وعلى هذا الترتيب ، ومثال الثالثة وهي حيث تختلف الأنصباء وتستوى أجزاء الأرض في القيمة بأن تكون الأرض بين ثلاثة نصف وثلث وسدس فتقسم الأرض اسداساً بالمساحة ثم يخرج الأسماء على الأجزاء كما في الثانية ،بيان ذلك انه لو اخرج الجزء على الأسم ربما خرج لصاحب النصف او الثلث فيقول هو الى جهة المشرق مثلاً ويقولون بل الى جهة المغرب مثلاً ولو ابتدأ الاخراج من الوسط ربما خرج لصاحب السدس فيفرق بين أجزاء صاحب النص او الثلث ومثال الرابعة ان تكون أنصباء الشركاء مستوية واجزاء الأرض مختلفة القيمة نحو ان تكون الأرض بين شريكين نصفين وأحد جانبيها كل ذراع بدرهم والجانب الآخر كل ذراعين منه بدرهم وكل الأرض ثلاثمائة ذراع فيجعل احد النصيبين من الجانب الأول مائة ذراع والنصيب الآخر من الجانب الآخر مائتي ذراع ثم يقرع بينهما كما في الصورة الأولى بإخراج الاسم على الجزء والعكس ولا يؤدي ايهما الى شجار وذلك واضح ذكره في شرح ابن بهران وإنما طولنا بنقله لأن الشارح اختصر الكلام .

﴿ **فمخير** ﴾ بين إخراج الاسم على الجزء وعكسه ﴿ **و** ﴾ وإذا كان في المقسوم حق كطريق لغيرهما فانه ﴿ **لا يدخل** ﴾ في القسمة ﴿ **حق لم يذكر** ﴾ بمعنى أنه لا يتبع كل نصيب قدره من ذلك الحق بل هو في المحل الذي كان فيه ﴿ **فيبقى كما كان** ﴾ في محله الأول وإن وقع في نصيب أحدهما وحده صرح المصنف في البحر بذلك وقد يتوهم انهما لو قسما ما كان نصفين فصيرت القسمة ثلثه لجودته نصفه وثلثيه برداءتها نصفه وكان له شرب فانه لا يتبع الثلثين ثلثا الشرب بل يبقى بين الثلثين والثلث نصفين كما كان وذلك[1] وهم لأن تبعية ثلثي الشرب لثلثي المساحة من استيفاء المرافق وهو مشترط في إيجاب القسمة إجماعاً ﴿ **ومنه** ﴾ أي ما يبقى كما كان ﴿ **البذر والدفين** ﴾ الموجودان في الأرض المقسومة فانهما يبقيان لمالكهما كائناً من كان ﴿ **ولا يقسم الفرع دون الأصل** ﴾ **خلافاً لوالدنا السيد يحيى** واختاره شيخنا كأقسام فروع القضب دون اصوله لانتفاء علّة المنع أعني كونه بيعاً وإجارة كما سيأتي ﴿ **ولا النابت** ﴾ غير الزرع اما هو فسيأتي ولو قال ولا الشجر لكان اولى ﴿ **دون المنبت** ﴾ أي موضع النبات ﴿ **ولا العكس** ﴾ في الأمرين لأن قسمة ذلك بيع فيستلزم ذلك كون ما يختص به احدهما يستحق البقاء في نصيب صاحبه إن شرطاه فتكون القسمة بيعاً وإجارة ﴿ **إلا** ﴾ أن يقسم أحد الأمرين دون الآخر ﴿ **بشرط القطع** ﴾ فان القسمة تصح ﴿ **وإن بقي** ﴾ ما شرط قطعه لأن غاية تبقيته غصب لشيء من حق الشريك ﴿ **أو** ﴾ يكون النابت زرعاً فانها تصح قسمة[2] ﴿ **الأرض دون الزرع ونحوه** ﴾ مما له نهاية معتادة لكن فيه نظر

---

(١) **قوله** : وذلك وهم ، أقول : تظهر قوة كلام الشارح وان ذلك من شروط صحة القسمة ولا سيما على القول بانها كالبيع « نعم » مثل البذر والدفين ليس من الحقوق والمرافق فلا يدخل.

(٢) **قال**: أو قسمة الأرض دون الزرع ، أقول : أي انه يصح قسمة كل واحد من الأمرين لا بشرط القطع لفقد الغلة وإن بقي ولم يقطع أي نحو الزرع وهو الثمر بالمثلثة يقسم الشجر دونه والأرض دون الزرع فانه يصح وهذا الاستثناء من قوله النابت دون المنبت اي انه يصح في الزرع ونحوه قسمة المنبت أي الأرض دون الزرع وعبر عنه الأثمار بلفظة الاستثناء حيث قال إلا الأرض دون الزرع ونحوه وفرقوا بين الزرع والشجر فقالوا بصحة قسمة الأرض دونه في الأول دون الثاني وإنما أجازوه في الأول قالوا لأن الزرع على الأرض بمنزلة المتاع الموضوع عليها وكذلك الثمر على الشجر ، قالوا وإنما منعوا في الثاني وهو الأرض دون الشجر لأنه ينافي الغرض بالقسمة لأنه يؤ دي الى احد محذورين إما أن يكون كل واحد من الشريكين لا يتمكن من التصرف والانتفاع بملكه لأنه في ملك صاحبه او لا يجوز لكل واحد من الشريكين ان يمنع صاحبه من الدخول الى نصيبه ومع هذين الطرفين لا يحصل الانتفاع =

على تعليل منع القسمة بأنها تكون بيعاً وإجازة لوجود العلة في الزرع وكذا على التعليل باستلام كونها قسمة يتبعها قسمة والحق هو الجواز في الزرع وغيره لأن للنابت قبل القسمة حق البقاء فشرط البقاء تصريح ببقاء الحق ومع السكوت عنه باق على الأصل لأنه لا يدخل في القسمة حق لم يذكر ، بل يبقى كما كان كما تقدم ﴿ **و** ﴾ حينئذ ﴿ **يبقى** ﴾ الى **الحصاد لا** ﴿ **بالأجرة** ﴾ على كل منهما لصاحبه ، وأما قوله إن ﴿ **على رب الشجرة ان يرفع أغصانها عن ارض الغير** ﴾[1] حيث تدلت اليها فان اراد أن من جاءت الشجرة قسماً له يجب عليه ان يرفعها اذا سكتا عن ذكر رفعها وعدمه وقد تقدم ان كل حق يبقى كما كان وأنه لا يغير ما كان عن قسمة وإن ضر وإن أراد[2] أن غير المقاسم يرفع أغصان شجرته إذا امتدت الى هواء الغير فذلك معلوم من تحريم الغصب ولا وجه لتخصيصه من بين أنواع الغصب ولو قال صاحب الشجرة لصاحب الهواء إذا تدلى فالمتدلي لك بثمره فانه ﴿ **لا يملك بمجرد** ﴾ هذا ﴿ **الشرط** ﴾ وإنما ذلك إباحة يرجع فيها بالباقي لا بالتآلف ﴿ **فإن ادعى** ﴾ رب الشجرة

= بالقسمة ذكره ابو طالب قال في الغيث ، قلت وهذه العلة كما تلزم في قسمة الأرض دون الشجر تلزم في العكس وتلزم في الفرع دون الأصل ثم قال فان قلت فلم جوزتم قسمة الأرض دون الزرع ولم تجوزوا عكسه وهو قسمة الزرع دون الأرض الا بالتراضي ، قلت لأن الأرض إذا قسمت دون الزرع امكن تقسيط الأجرة لتميز نصيب كل واحد منها بخلاف ما لو قسم الزرع دون الأرض فان الزرع يكون في بعضها خفيفاً وفي بعضها غليظاً فلا تتقسط الأجرة ولا يخفى ما فيه وبعد هذا رأيت في نسخة من الشرح ما لفظه « والحق هو الجواز في الزرع وغيره » ، قد الحقناه في نسخة من الشرح عليها خط المصنف ، وهي التي خشينا عليها وقد سبق الشارح الى مثل كلامه صاحب « ضياء ذوي الأبصار» فانه نقل المحذورين ثم قال قلت قسمة الأرض دون الشجر بالتراضي لا وجه لامتناعها وأما ما ذكره من المحذورين فنقول يجوز لكل واحد من الشريكين ان ينتفع بحصته ويدخل اليها ولا يمنع صاحبه ثم أتى بمثل كلام الشارح .

(١) **قال** : عن ارض الغير ، اقول : عبارة الفتح عن ملك الغير وعن حقه.

(٢) **قوله** : وإن أراد ان غير المقاسم الخ ، أقول : ظاهر عبارته في الغيث أنه أراد هذا ولفظه « وإذا أعوجت شجرة في ارض فصارت فروعها في غير ارض صاحبها وثمرها يسقط فيها حكم على صاحب الأرض الذي تساقط ثمر جاره إليها بتسليم الثمر وعلى رب الشجرة ان يرفع أغصانها » فغايته انه حكم استطرادي.

﴿ **الهواء حقاً** ﴾ للمتدلى لأنه كان[1] عن قسمة ﴿ **فالبينة عليه و** ﴾ لو اختلف المقتسمان فادعى احدهما غبناً او ضرراً او غلطاً فالبينة ﴿ **هي على مدعي الغبن والضرر والغلط** ﴾ إذ الأصل عدمها بعد اشتراط عدالة القسام ﴿ **ولا تسمع** ﴾ البينة ولا الدعوى ﴿ **من حاضر** ﴾ عند القسمة جائز التصرف إذا كانت بينته ومنازعته ﴿ **في الغبن** ﴾ لأن الغبن وإن صح لا يمنع صحة القسمة لما تقدم من جواز البيع بغبن فاحش من غير مكره او ما في حكمه.

---

(١) **قوله** : لأنه كان عن قسمة ، أقول : والبينة على احد ثلاثة اوجه ، إما على ان الشجر نابتة قبل إحياء جاره ، او على انه باعها واستثنى بقاء تلك الأغصان او على إقراره باستحقاق البقاء . وفي ذكره لهذه الأوجه دون القسمة ما يدلك على انه اراد بالمسألة ما كان عن غير قسمة وهو احد ترديدي الشارح ، فائدة زاد في الأثمار والفتح وهو في الغيث فان تمرَّد ربُّ الشجرة عن الرفع فلمن نزل الى ملكه او حقه رفعها وله الأجرة على الرفع كالغصب وهذا لفظ الفتح . فائدة أخرى ، أما العروق إذا دخلت في أرض جاره فللجار قطعها وهل يجب على رب الشجرة الرفع لعروق شجرته عن ارض الغير كما يجب عليه رفع أغصانها؟ قيل الأقرب عدم وجوب ذلك عليه لجري العادة بخلافه.

كتاب الرهن[1]

﴿ شروطه ﴾ أي شروط لزوم أحكامه لئلا[2] يرد أنه ﴿ العقد ﴾ فلا يكون شرطاً لنفسه وقد تكرر أن كل عقد لا يصح إلا ﴿ بين جائزي التصرف ﴾ بما يدل[3] عرفاً على المقصود ومن إيجاب أحدهما باختياره لاستحقاق صاحبه جنس عين للموجب بحق عليه

---

(١) كتاب الرهن : أقول : في القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك .

وفي شرح الفتح والبحر انه الايجاب والقبول وفي البحر أنه الدوام وما أظن كلام القاموس الا من خلط اللغة بالاصطلاح اذ لو كان معناه لغة ما ذكر لما وقع الخلاف في القبض اذ هو مسماه لغة الا أن يقال نشأ من الدليل الخارجي ، ومن معاينة الحبس وأخذه من أقرب واليه يشير كلام الشارح فيما يأتي ، ثم رأيت في فتح الباري ما لفظه : والرهن بفتح الراء وسكون الهاء في اللغة الاحباس من قولهم رهن الشيء اذا دام وثبت ومنه «كل نفس بما كسبت رهينة» وفي الشرع جعل مال وثيقة على دين ويطلق ايضاً على العين المرهونة تسمية للمفعول باسم المصدر وفي التعريفات الرهن بالفتح والسكون التوثقة بالشيء بما يعادله بوجه ما ذكره الحراني ، وقال غيره انه لغة الثبوت والاستقرار وشرعاً جعل عين مالية وثيقة بدين لازم أو آيل الى اللزوم ولما كان الرهن مقصوداً فيه الحبس استعير ذلك للمحتبس أي شيء كان ومنه «كل امرىء بما كسب رهين» .

(٢) قوله : لئلا يرد أنه العقد ، أقول : قد عدل في الفتح الى قوله هو عقد توثيق الخ ، وقد أحسن الشارح في التصرف في عبارة المصنف ، وان كان اضماراً قبل الذكر الا انه سوغه مقام التأويل وهذا خلاف عادته فانه اعترض في رسم البيع وقال انه على عادة المصنف من جعل الماهية وجزئها شرطاً مع انه كان يمكنه اصلاحها هنالك أيضاً .

(٣) قوله : بما يدل عرفاً ، أقول : اشارة الى ان جواز التصرف انما يدل على الاختيار بالعرف للفقهاء لا بأصل وضعه ولا حاجة الى زيادة في الرسم لأخراج ما ذكر وقد صرح شارح الفتح بصحة الرهن المحجور موقوفاً ، والمميز والعبد مأذونين ، واعلم ان كلام المصنف صريح في انه لا بد من ايجاب وقبول كما يفيده لفظ العقد وفي البحر انه يكفي القبض عن القبول واليه جنح صاحب الاثمار وتبعه صاحب الفتح ولذا قال عقد توثيق وفرق من اكتفى بالقبض بينه وبين البيع بانه لا يفيد الملك ، هنا قلت والدليل على من اشترط العقد فليس في الآية والأحاديث ذكر ذلك .

للحابس فيخرج قبض حبس المبيع لاستيفاء الثمن لأنه ليس باختيار المشتري ، والرهن يصح ﴿ ولو ﴾ كان ﴿ معلقاً أو موقتاً ﴾ على شرط المستقبل لأن[١] ما صح للموجب تعيين نهايته صح له تعيين بدايته بخلاف البيع والنكاح ونحوهما فانه لما لم يصح تعيين نهايتهما لم يصح تعيين بدايتهما ﴿ ويلغو شرط خلاف ﴾ شيء من ﴿ موجبه ﴾ وقال الشافعي يفسد الرهن كما يفسد باشتراط أن لا يقبضه المرتهن اتفاقاً ، لنا حديث قصة بريرة كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وأجيب بما تقدم فلا مساغ للتكرير ﴿و﴾ يصح ﴿ فيه الخيارات ﴾ الثلاثة لأنها شأن كل مقبوض بعوض حتى النكاح وإن كان الخيار فيه إنما يثبت بأمور مخصوصة ﴿و﴾ من شروط لزوم أحكام الرهن ﴿ القبض ﴾ أي قبض المرتهن له وقال الناصر ومالك والأوزاعي ، وأبو ثور لا يشترط[٢] القبض ، لنا قوله تعالى (فرهان مقبوضة) ومقبوضة وصف كاشف لأن[٣] معنى الرهن الحبس[٤] ولأنه نائب مناب الكتاب وإنما يقبضه من له

---

(١) قوله : لان ما صح للموجب تعيين نهايته ، أقول : بكسر الجيم الراهن الا انه يتوقف هذا الدليل على صحة توقيته ، وقد أثبته المصنف هنا بقوله او مؤقتاً وسقط على الشارح لفظه وتبعه شرحه وذكره الفتح فقال ويدخله التوقيت نحو قد رهنتك هذا الشيء سنة أو شهراً ويخرج عن الرهنية بانقضاء الوقت والتعليق بالشرط نحو ان لم أوفك بدينك ليوم كذا فقد رهنتك كذا .

(٢) قوله : لا يشترط القبض ، أقول : في نهاية المجتهد أنهم اتفقوا في الجملة على ان القبض شرط ثم اختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة وفائدة الفرق ان من قال انه شرط صحة قال ان لم يقع القبض لا يلزم الرهن ومن قال انه شرط تمام قال انه يلزم بالعقد ويجبر الراهن على التقبيض الا ان يتأخر المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن او يمرض أو يموت فذهب مالك الى انه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر الى انه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول ، وعمدة غيره قوله تعالى (فرهان مقبوضة) .

(٣) قوله : لان معنى الخ ، أقول : الظاهر انه سقط حرف العطف لانها جملة أخرى مأخوذة من لفظ الرهن لا انه علة لكونه وصفاً كاشفاً كما يقتضيه عدمه ثم لا يخفى ان الاصل في الصفة التقييد كما عرف في فن البيان فدعوى أنها كاشفة خلاف الأصل الا انه يقال هذا قيد قد اعتبره الشارع في العين المرهونة فلا يرفع اعتباره الا بدليل أقوى منه وهذا الاعتبار يلاقي كون الوصف كاشفاً انما تختلف الطريق والطريق التي ذكرنا اولى اذ لا تعارض خلاف الاصل .

(٤) قوله : ولانه نائب مناب الكتاب أقول لأنه تعالى قال (فإن لم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) والكتاب لا يقبضه الا من له الدين لحفظ ماله فكذلك العين المرهونة ، وقد ذهب مالك وأهل الظاهر الى انه لا يجوز =

الدين ، قالوا حديث أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يقول الرهن يركب ودره يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب نفقته[1] » البخاري وأبو داود والترمذي

= الرهن عند وجود الكاتب ورد بأنه صلى الله عليه وآله وسلم رهن درعه في المدينةومات وهي مرهونة والكاتب في المدينة موجود قطعاً وكما يدل هذا على ان شرطية فقدان الكاتب خرج مخرج الغالب يدل على ان شرطية السفر كذلك انه صلى الله عليه وآله وسلم رهن في الحضر ثم ان موضوعه اللغوي مأخوذ فيه الوضع عند المرتهن كما سلف عن القاموس بل ظاهره انه ليس له موضوع الا ذلك والمراد بالوضع القبض لانه الذي تكون به النيابة عما أخذ من مال المرتهن الا ان فيه ما اسلفناه من انه من خلط اللغة بالاصطلاح وهو الذي يقوى عندي والا لما قيد في الآية بقوله مقبوضة وانه يكون تأكيداً أو التأسيس خير منه ، ويقرر ما قال انه المتبادر من الرهن وقد وجدنا بعد هذا ما يؤ يد ما قلناه من خلط القاموس .

(١) **قوله** : يركب ، أقول : في فتح الباري بضم أول يركب على البناء للمجهول وكذلك يشرب وهو خبر بمعنى الأمر لكن لم يتعين فيهالمأمور .اهـ كلام الفتح ،وفيالمعالم للخطابي قوله وعلى الذي يحلب ويركب النفقة كلام مبهم ليس في اللفظ منه بيان من يركب او يحلب من الراهن أو المرتهن أو العدل الموضوع على يده الرهن ثم قال في الفتح والمراد بالرهن المرهون وقوله وعلى الذي يركب ويشرب النفقة ، أي كائناً من كان هذا ظاهر الحديث وفيه حجة لمن قال يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن اذا قام بمصلحته ولو لم يأذن له المالك وهو قول أحمد واسحاق وطائفة ، قالوا ينتفع المرتهن من الرهن بالحلب والركوب بقدر النفقة ولا ينتفع بغيرها لمفهوم الحديث وأما دعوى الاجمال فقد دل بمنطوقه على اباحة الانتفاع في مقابلة الانفاق ، وهذا يختص بالمرتهن لان الحديث وان كان مجملا لكنه خص المرتهن لان انتفاع الراهن بالمرهون لكونه مالكاً له لا لكونه منفقاً عليه بخلاف المرتهن . قلت وهو الذي ينبغي ان يراد من الحديث فأنه لم يسق للاخبار بان الحيوان اذا كان رهناً يركبه مالكه ويحلبه بنفقته اذ النفقة على المالك سواء كان يركبه أم لا ، وذلك حكم كل حيوان مملوك لزوم نفقته على مالكه ، والركوب ثابت له على أصل ملكه فحمل الحديث على هذا حمل له على معنى علم من غيره بيانه ،وايضاحه،الا ان يقال لما صارت العين في يد المرتهن صار مظنة لمنع الراهن عن ركوبه ودره وعدم لزوم نفقته فورد الحديث لدفع هذا وفيه بعد ، ثم قال في الفتح وذهب الجمهور الى ان المرتهن لا ينتفع من الرهن بشيء ، وتأول الحديث لكونه ورد على خلاف القياس من وجهين أحدهما التجويز لغير المالك ان يركب ويشرب بغير اذنه ، الثاني تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة ، قال ابن عبد البر هذا الحديث عند جمهور الفقهاء يرده أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها فتحصل ان الحديث احتمل وجهين ان يراد ركوب الراهن أو المرتهن ، وكذا الدر والانفاق والاحتمال الآخر أقرب ، ويدل له روايات آخر ، مثل رواية هشام عن زكريا في هذا الحديث ، ولفظه «اذا كانت الدابة مرهونة فعلى =

وصححه وقد اتفقنا[١] على أن النفقة على الراهن فركوبه[٢] إخراج له عن يد المرتهن وذلك منافٍ لاشتراط القبض .

وأجاب المصنف[٣] بالمنع إذا أذن المرتهن لأنه مع الأذن كالقابض وهو تهافت لأن تقييد الحديث بالأذن مما لا دليل عليه فلا محيص عن عدم اشتراط القبض أو التزام مذهب أحمد وأبي ثور ، وقول للشافعي وهو الحق أن فوائد[٤] الرهن مملوكة للمرتهن إذا أنفق عليه كما سيأتي

= المرتهن علفها» ، ويناسبه أيضاً حديث الخراج بالضمان ، وان كان هنا ما جعل له الا الدر والركوب في مقابلة الاطعام ، وعلى هذا الوجه فلا دليل فيه على عدم القبض كما أستدل به لهم الشارح ، ولئن سلم انه يستوى هذا الاحتمال والاحتمال الآخر فمع الاحتمال يبطل الاستدلال ولا ان رجع الى الترجيح فقد سلف ان المعنى الآخر أرجح ولأنه موافق للآية .

(١) **قوله** : وقد اتفقنا على ان النفقة على الراهن ، أقول : أما اسحاق وأحمد بن حنبل فلا يوافقون بل يقولون على المرتهن في مقابلة دره وركوبه .

(٢) **قوله** : فركوبه اخراج له عن يد المرتهن ، أقول : أي ركوب المالك الرهن فالاضافة الى فاعل المصدر ، الا انك عرفت ان مالكاً ومن معه يقولون ان القبض شرط للتمام ولم ينفوا القبض ولم يجعلوا للراهن اخراجه عن يد المرتهن بعد قبضه اصلاً .

(٣) **قوله** : وأجاب المصنف ، أقول : أجاب بجوابين أحدهما ان مراده صلى الله عليه وآله وسلم ان المركوب والمحلوب مما يرتهن ، والثاني ان المراد بأذن المرتهن أي يركبها الراهن ويحلبها بأذن المرتهن ولا ينافي شرعية القبض ، قلت وهذان الجوابان بناء ان فاعل يحلب ويركب الراهن ، والاظهر ما سلف انه المرتهن ، فلا دليل في الحديث ، فقول الشارح انه أجاب المصنف بالمنع أي منع كون ركوب الراهن منافياً لشرطية القبض اذا قيد بالاذن الا انه كما قال الشارح قيد لا دليل عليه ولك ان تقول لا نسلم افادة الحديث عدم شرطية القبض وانه لا دليل على تقييده بالأذن ، بل نقول التقييد بالأذن مأخوذ من الآية حيث قال تعالى (فرهان مقبوضة) فلا تصرف للمالك فيه الا بأذن المرتهن وحينئذ فهو قيد بدليل ناهض الا ان الحق في الحديث ما ذهب اليه أحمد وهو الذي اختاره الشارح ، لكنه لا يخفى انها اذا كانت فوائده حمله له فالحديث مراد به ركوب المرتهن لانه من الفوائد ، فلا يبقى في الحديث دليل على خلاف ما دلت عليه الآية من شرطية القبض ، وقد جعل الشارح هنا الحق شرطية القبض .

(٤) **قوله** : ان فوائد الرهن مملوكة للمرتهن ، أقول : انما يقول احمد أنه يملك الركوب والدر لا غير وغيره يقول لا يملك شيئاً ، ويأتي عن أحمد وأبي ثور : له اطلاق تلك الفوائد ، وهذا غير صحيح أيضاً ، والحق ما قاله الشافعي ان الفوائد كلها للراهن ولا يدخل شيء منها في الرهن ، قال ابو محمد بن حزم هذا هو الحق لان الرهن ما تعاقدا عليه الصفقة لا ما لا يتعاقداها عليه فالعين في ملك الراهن اتفاقاً وفوائدها تبع لها .

وألزم من نصوص الشارح بالتأويلات البعيدة طلباً لمساعدة من قام عذره بالخطأ لا ينبغي لمتدين وسيأتي تحقيقه إن شاء الله في الفوائد ، أما إذا كان القبض ﴿ **في المجلس** ﴾ فظاهر ، وأما قوله ﴿ **أو بعده** ﴾ فإنما يتمشى فيما كان معلقاً على شرط مستقبل ، أما في العقد المطلق فأن أريد أنه يصير[1] رهناً صحيحاً قبل القبض فعود بالنقض على اشتراط القبض في الصحة ، وإن أريد أن مصيره رهناً موقوف على القبض قبل رجوع أحدهما عن عقده بمعنى أن تأخر القبض عن العقد لا يبطله فذلك منافٍ لجعله شرطاً في صحة العقد لعدم صحة تأخر الشرط عن المشروط ، ولهذا[2] سترنا هذا الخلل بجعله شرطاً للزوم أحكام الرهن لا لصحة عقده فالقبض إذاً كالاجازة لعقد الفضولي ، وأما اشتراط كون القبض ﴿ **بالتراضي** ﴾ فمبني على أنه مصحح للعقد ، أما لو حكمنا بصحة العقد قبل القبض لكان موجب صحته القبض بغير إذن كما ذهب إليه الناصر ومالك وهو الحق[3] لأن الراهن[4] مستوفٍ لعوض القبض لا كالبائع قبل

---

(١) **قوله** : انه يصير رهنا صحيحاً قبل القبض ، أقول : القبض في المجلس أو بعده من تمام شروط الصحة فلا يكون صحيحاً الا بعد القبض ، غايته انه كالعقد الموقوف ينبرم عند قبض العين المرهونة فلا يتم قوله انه يصير رهنا صحيحاً الخ وحينئذ يبطل الشق الآخر من الترديد .

(٢) **قوله** : ولهذا سترنا هذا الخلل بجعله شرطاً للزوم أحكام الرهن ، أقول أي جعل العقد وما ذكر معه فيكون القبض شرطاً للزوم الاحكام لا لصحة العقد الا انه قد انكشف لك انه بستره لهذا الخلل خالف مراد المصنف وصيره مريداً لزوم الرهن بالعقد من دون قبض ، بل حصول الرهن لا يفيد ، بل جعل العقد وغيره شروطاً للزوم الأحكام ، وأقرب منه في ستر الخلل ان يجعل في المجلس قيداً للعقد المطلق ، وقوله «وبعده للمعلق» فيكون لفا ونشراً هذا وقد حذف الاثمار والفتح قوله في المجلس أو بعده .

(٣) **قوله** : وهو الحق ، أقول : أي صحة الرهن بلا قبض الا انه تقدم له ان الحق قول احمد ان الفوائد للمرتهن وعليه النفقة ، وتقدم انه لم يبق معارض لاشتراط القبض في الآية بعد حمل الحديث على ما ذكره ، هذا على ان أحمد ومن معه يشترطون القبض ، وقد قال هو الحق وقال هنا الحق عدم شرطية القبض ، الا ان يقال انه وافق أحمد في ملك الفوائد ولزوم النفقة للمرتهن وخالف في شرطية القبض فلا تناقض لكنه لم يأت بدليل ينهض له على هذا .

(٤) **قوله** : لان الراهن الخ ، أقول : تعليل لاستحقاق المرتهن القبض للمرهون بغير اذن الراهن ، لان الراهن قد استوفى عوض القبض بما في ذمته من الدين الثابت للمرتهن فليتأمل . **قوله** : لان الراهن مستوفٍ لعوض القبض ، أقول : تعليل لعدم القبض بالتراضي الا ان فيه خفاء اذ الحق في =

تسليم الثمن ﴿و﴾ إذا كان الرهن معلقاً على ثبوت الدين فانه ﴿ **يستقر بثبوت الدين** ﴾ أما إذا قال رهنتك هذا فيما سأستدينه منك فمنع الناصر والشافعي صحة هذا الرهن ، قيل بناء على أصلهم في أن الموقوف لا يصح ، وليس كذلك بل لأن من موجب الرهن استحقاق القبض فما لم يثبت الدين لم يستحق القبض ، وإذا لم يستحق القبض فلا رهن .

وحاصله : إستدلال بانتفاء اللازم على انتفاء الملزوم ومن ذلك يؤخذ دليل ما ﴿ **قيل** ﴾ من أن مَنْ رهن رهناً في دين مؤجل لم يستقر كونه رهناً من حال العقد ﴿و﴾ إنما يستقر ﴿ **بحلوله** ﴾ أي الأجل لأن المرتهن[1] قبل حلول الأجل غير مستحق للتسليم ﴿و﴾ كذا يؤخذ منه دليل ما ﴿**قيل**﴾ أن من أعار أو أجرعينا فضمنها المستعير أو المستأجر أو استرهن فيها رهناً منهما فانه لا يصح الرهن قبل تلف العين ﴿و﴾ إنما يستقر ﴿**بفوات العين**﴾ لأن المرتهن غير مستحق[2] لقيمتها قبل تلفها ﴿و﴾ يشترط في الرهن ﴿**كونه مما يصح**[3] **بيعه**﴾

= قبض العين المرهونة للمرتهن فعوض القبض يكون له وليس عوض القبض الا العقد فهو كعقد البيع فلا يتم قوله كالبائع فان أريد بالقبض المقبوض وهو العين المرهونة فعوضها الدين ، ولا يصح علة لاشتراط القبض فلينظر في تطبيق هذا التعليل على معلله .

(١) **قوله** : لان المرتهن قبل حلول الأجل غير مستحق للتسليم ، أقول : قال المصنف وهو ضعيف وقد أشرنا اليه لأن أهل المذهب نصوا على صحته حيث قالوا لو أن رجلاً رهن رجلاً رهنا على دين له عليه مؤجل وقيمة الرهن دون الدين فتلف الرهن قبل حلول الاجل لم يكن للمرتهن ان يطالب الراهن بفضل الدين على الرهن قبل حلول الاجل فاقتضى هذا انه قد سقط من الدين قدره من قيمة الرهن ، وقد صرح بذلك في الشرح ومساقطته للدين فرع على صحته وهذا يدل على أن التأجيل تأخير مطالبة لا صفة ، اذ لو جعلنا صفة الحال غير صفة المؤجل لم تتم المساقطة هنا لان من شرط المساقطة الاتفاق في الصفة ، والفرق بين القولين في المسألتين ان من قال لا يستقر قال فلو تلف قبل الاستقرار فلا ضمان فيه ؛ ومن قال انه يستقر قبله قال يضمن اذا تلف .

(٢) **قوله** : غير مستحق لقيمتها قبل تلفها ، أقول : في الغيث انه ذكره الفقيه ع وقال بعض المذاكرين يصح الرهن على الاعيان المضمنة وهو ظاهر كلام القاضي زيد وهو قوى عندنا ، ولهذا أشرنا الى ضعفه بقولنا قيل .

(٣) **قال** : مما يصح بيعه ، أقول : زاد الاثمار منه اي من المرتهن قال ابن بهران انما زاد المؤلف لفظة «منه» لئلا يتوهم صحة رهن المصحف من الذمى ونحوه لأنه يصح بيعه في الجملة أي من غيره وكذا لا يصح ان يرهن الذمى خمراً من مسلم أو يرتهنه منه وان كان يصح ان يبيعه الذمى من ذمى وفي الغيث =

لتعلق حق المرتهن بقيمته عند تعذر الوفاء فحيث لا يصح بيعه لا يحصل الغرض من التوثيق وفيه بحث[١] لأن عدم صحة البيع حاصلها فساد العقد لو وقع وقد علمت جواز الدخول في العقود الفاسدة ، وبذلك يحصل الايفاء المقصود ، وغاية ما يلزم تجويز فسخ المشتري وضمان الثمن إنما هو على الراهن لا على المرتهن لعدم تعين الثمن كما عرفت ، وأما قوله ﴿ **إلا وقفاً وهدياً وأضحية** ﴾ فإنه وإن ﴿ **صح بيعها** ﴾ لصيرورة الوقف الى حد لا ينتفع به في المقصود أو الأبدال إلى أفضل في الهدى والأضحيةفانه لا يصح رهنها وإن صح بيعها، فلا وجه له إلا توهم أن تعلق القربة به أخرجه عن ملك الراهن ومع أن ملك الراهن ليس شرطاً لأنه لا يصح[٢] رهن المستعار ليرهن كما سيأتي قد انتفى تعلق القربة بعينه فانتقل الى قيمته ، فاذا رهن[٣] الأمام الوقف الذي بطل نفعه في المقصود فيما استدانه لمصلحة الصرف فلا وجه للمنع ، ومثله المضحي والمهدي إذا استدانا ثمناً للبدل الأفضل على أن المنتخب[٤] صحح رهن الوقف النافع في المقصود أيضاً مستدلاً بأن المرتهن ليس له إلا حق الحبس والحبس لا يفوت به شيء من فوائد الوقف لأنها مضمونة على المرتهن ومنها ما لا يكون رهناً أيضاً ككسب العبد ﴿و﴾ إلا

= عن الامام يحيى جواز رهن العبد المسلم من الذمى والمصحف ، قال لان عقد الرهن على شرف الزوال ففارق البيع لكن يوضع بيد العدل وان احتمل ان لا يجوز ، قلت هذا الاحتمال الآخر أقرب وفي نهاية المجتهد ان الخلاف في رهن المصحف مطلقاً من ذمى وغيره وانه أجازه مالك من غير الذمى ولا يقرأ فيه ، ونسب المنع الى الشافعي ، قلت لكن في السراج الوهاج شرح المنهاج على مذهب الشافعي انه اذا رهن عبداً مسلماً او مصحفاً من كافر أو سلاحاً من حربي انه يوضع عند عدل وفيه دليل انه يقول الشافعي بجواز ذلك ، (فائدة) يصح بيع الدين ممن هو عليه ولا يصح رهنه لانه غير مقبوض ، فقد أخرج باشتراط القبض فلا يرد ان اطلاق هذا مخل ، أفاده شرح الفتح .

(١) **قوله** : وفيه بحث ، أقول : هو بحث قوى على القواعد .

(٢) **قوله** : لا يصح رهن المستعار ، أقول : يأتى أنه يصح رهن المستعار فهذه العبارة التي أطالها لم يعرف المراد منها .

(٣) **قوله** : فاذا رهن الامام الوقف ، أقول : قال السيد يحيى في فتاويه انه اذا بطل نفعه في الوجه المقصود صح بيعه وهو مختار الشارح ، وأما رهنه مع بقاء نفعه فيجوز لمصلحة الموقوف عليه .

(٤) **قوله** : على ان المنتخب الخ ، أقول : قيد في الغيث جواز رهنه بالسنة والسنتين والزيادة على السنتين مكروهة مع الصحة وقد خرج من قول الهادي ثلاث مسائل الاولى ان الرهن يتوقف ، الثانية ان رقبة الوقف ملك للموقوف عليه ، الثالثة ان اليد لا تثبت لاقل من ثلاث سنين .

رهن العين ﴿ **المؤجرة و** ﴾ الأمة ﴿ **المزوجة** ﴾ فانه لا يصح رهنهما . قال المصنف لسبق تعلق حق المساجد والزوج بهما لكن ذلك مبني على ان رهن العين يستلزم رهن المنفعة وذلك أن سلم ففي غير المستهلك المنفعة قبل الرهن وغايته[١] أن تكون الأجارة عيباً إذا رضي المرتهن به كان كرضى البائع وإنما يمتنع رهن المؤجرة والمزوجة ﴿ **من غيرهما** ﴾ أي غير المستأجر والزوج وارجاع الضمير إليهما لدلالة التأجير والتزويج عليهما، ﴿**وغير عبديهما**﴾ أيضاً إلا أن المانع إن كان هو تبعية المنفعة للعين في الرهينة فلا فرق بين الأجارة منهما وعبديهما أو من غيرهم لأن المنفعة حينئذ معهما ليست رهناً وإن كان المانع من الغير منافاة الأجارة والتزويج للقبض لزم تخصيص المنع بما ينافي القبض ، ولهذا قال المؤيد وأبو حنيفة وأبو يوسف يصح التزويج لأنه لا يمنع القبض ، على أن المذهب صحة إذن المرتهن للراهن بالتصرف وأنه لا يخرج بذلك عن الرهنية وإن خرج عن الضمان فغاية ما يلزم من تجويز رهن المؤجر والمزوج انتفاء الضمان ، وأما منع الرهن فلا وجه له ﴿ و ﴾ إلا رهن ﴿ **الفرع دون الأصل والنابت**[٢] **دون المنبت والعكس** ﴾ قال المصنف لتعذر كمال القبض وهو سهو[٣] عن كون قبض غير المنقول لا يشترط فيه النقل ، وإنما قبضه حكمي لا حسي ، وإن قبض الرهن لا يستلزم استحقاق المرتهن للتصرف كما يستلزم قبض المبيع واستحقاق المشتري له ، ولهذا يلزم مشتريه القطع ولا حاجة[٤] إلى قوله ﴿ **إلا بعد القطع** ﴾ لأن المراد عدم صحة رهن الفرع

---

(١) **قوله** : وغايته ان تكون الاجارة عيباً ، أقول : في الغيث قال المؤيد في الافادة انه يصح رهن المزوجة من غير الزوج ولا يضر وطؤها في يد المرتهن قلت وهو مبني على ان المنفعة لا تدخل في الرهنية وهو محل تأمل فأنه من الفوائد ، وقد قالوا انها رهن فيصح الوطء بأذن المرتهن .

(٢) **قوله** : والنابت دون المنبت ، أقول : في نهاية المجتهد عن مالك انه يجيز رهن ما لا يصح بيعه في حال الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الاجل على شرط القطع .

(٣) **قوله** : وهو سهو عن كون قبض غير المنقول لا يشترط فيه النقل ، أقول : قبض غير ما ينقل انما هو بتخليته وتسليط يد الغير عليه كما في بيع الدور والاراضي ، ولكن رهن النابت مثلاً مع بقاء المنبت في يد المرتهن لا يتم تسليط المرتهن عليه فقط ، ومثله المنبت من دون النابت فليس الكلام في النقل اذ هو معلوم تعذره في النابت والمنبت ، انما الكلام في انه ما تم كمال القبض لبقاء النابت والمنبت تحت يد الراهن فلا سهو عند المصنف وذلك كما اذا رهن الدار ولم يسلم المفاتيح .

(٤) **قوله** : ولا حاجة الى قوله بعد القطع ، أقول : قد حذفه الاثمار قال شارحه انها بعد القطع كسائر المنقولات فلا حاجة الى ذكرها .

ونحوه ما دام فرعاً وأصلاً ونابتاً ومنبتاً كما هو معنى القضية العرفية وبعد القطع زال ذلك الاسم حقيقة وإن بقي مجازاً كالعبد للعتيق ﴿و﴾ إلا إذا كان الرهن ﴿ **جزءاً مشاعاً** ﴾ وقال في المنتخب والناصر والأمام يحيى ومالك والشافعي يصح رهنه ورده المصنف بأنه يتعذر معه كمال القبض ، وهو لا شيء لأن عدم كمال القبض حاصل في المرهون من اثنين كما سيصححه وغاية ما يلزم من تشارك[1] الراهن والمرتهن هو ما يلزم من تشارك المرتهنين من القسمة أو المهاياة وأما قوله ﴿ **إلا** ﴾ أن يرهن المشاع ﴿ **كله** ﴾ صفقة واحدة ﴿ **فيصح** ﴾ فاستثناء منقطع إن كان[2] مالكه واحداً وإن كان مالكه متعدداً لم يكن لقوله ﴿ **ولو رهن من اثنين** ﴾ وجه صحة للزوم رهن المشاع ضرورة لعدم كونه رهناً كله مع كل من المرتهنين لأن صيرورته رهناً كله مع كل من المرتهنين إنما يصح فيما يتحد المالك للرهن أو يعير كل منهما شريكه ففرق[3] بين

(١) **قوله** : ان يتشارك الراهن والمرتهن ، أقول : الاوضح ومالك الجزء الخليط للراهن اذ المشاع بين جماعة هو الاظهر عند الاطلاق فان صح أن يرهن جزءاً من ملكه فيشارك الراهن المرتهن .

(٢) **قوله** : ان كان مالكه واحداً ، أقول : كأن يرهن مالك الدار ربعها فيكون الاستثناء منقطعاً فان المالك اذا رهن الدار كلها لم تبق من مسمى المشاع فالاستثناء متصل الا انه لا يخفاك ان الاستثناء دليل انه أراد بالمشاع ما كان بين المالك وغيره لانه الغالب في الاطلاق والاكثر في المعاملة فالوجه ان مراد المصنف الطرف الآخر من الترديد وهو قوله وان كان مالكه متعدداً ، وأما تفريعه لعدم صحة قوله ولو من اثنين على هذا الطرف فأمر وارد وقد تنبه له شارح الاثمار وقال في دفعه وكأن كل واحد منهما استعار نصيب صاحبه فرهنه بعد قبضه . الا انه لا يخفى تكلفه وعدم جدواه اذ ليس ما هو كالعارية عارية ، والشارح قد أشار الى ذلك على انه لو تم انه أعار كل صاحبه خرج من رهن المشاع ، وعلته اذ لا امتناع لكمال القبض ، وفي كلام شارع الاثمار إشارة الى انه ما أريد بالمشاع الا ما كان بين المالك وغيره ، والحق انه يصح رهن المشاع وقبضه له كقبض صاحبه لحصته منه مع شريكه ، ولا فرق ولو كان القبض لا يصح في المشاح لكان الشريكان فيه غير قابضين له ولكان مهملا ليس لأحد عليه يد وهذا شيء يكذبه الدين والعيان ، اما الدين فتصرفهما فيه تصرف الملاك في املاكهم ، وأما العيان فلكونه عند كل واحد منهما مدة يتفقان عليها .

(٣) **قوله** : ففرق بين رهن المشاع وشياع الرهن ، أقول : يريد انه يصح شياع الرهن بان تكون عين مرهونة بين اثنين من مالك واحد ، ولا يصح ان يكون الرهن عيناً مملوكة بين اثنين ترهن من واحد او

شياع الرهن وشياع المرهون ﴿ **فيقتسمان** ﴾ قبض ما ينقسم حساً ﴿ **أو يتهايان حسب الحال** ﴾[1] كما تقدم[2] في القسمة ﴿ **فيضمن كل منهما كله** ﴾ وقال الشافعي[3] إنما يضمن

= اثنين اذ الاول شياع في الرهن والثاني شياع في المرهون والثاني هو الممتنع عند المصنف ، وحينئذ فقول المصنف يقتسمان الخ لا يتم الا على تقدير شياع الرهن لا المرهون الا على تقدير عارية صاحبه نصيبه ، وفي هذا التقدير ما سلف آنفاً ، على انه لا يخفاك ان العلة التي لاجلها امتنع رهن المشاع قائمة بعينها في شياع الرهن لان كل واحد من المرتهنين مثلاً يتعذر كمال قبضه لما يستحق ، والشارح قائل انه لا فرق بين الأمرين وانه يكون ما ذكر من الاقتسام والمهاياة جارياً فيهما على سواء واختار المنار صحة رهن المشاع ايضاً ، وقال يصير المرتهن كالشريك في ما هو من شأنهما .

(١) **قال** : حسب الحال ، أقول : عدل في الاثمار الى قوله حسب الدين ، قال الوابل انما عدل لان كون القسمة بالمهاياة لا تكون الا فيما لا يقسم ، وقد فهم مما مر بخلاف القسمة مطلقاً تكون على قدر الدين فلا يفهم الا بما أشار اليه المؤلف بخلاف عبارة الازهار فتحتمله يوهم ان لكل منهما ان يحبس نصفاً مطلقاً كما هو مذهب الشافعي وليس كذلك ، بل كما ذكره المؤلف وهو الصحيح للمذهب .

(٢) **قوله** : كما تقدم في القسمة ، أقول : تقدم فيها ان ما لا ينقسم يكون قسمته بالمهاياة وهو المراد هنا بلفظ الحال ، فانه فسره المصنف بقوله وان كان لا ينقسم ، وفي الوابل انه عدل في الاثمار الى حبس الدين لانه قد علم ان القسمة بالمهاياة انما تكون فيما لا ينقسم بخلاف القسمة بحسب الدين وقد سلفت عبارته آنفاً .

(٣) **قوله** : وقال الشافعي انما يضمن نصيبه ، أقول : الشافعي لا يقول بان الرهن مضمون قال النووي في المنهاج على مذهبه وهو أمانة في يد المرتهن ، قال في شرحه وممن قال بانه أمانة من الصحابة أبو هريرة ومن التابعين سعيد بن المسيب ومن اتباعهم ابن ابي ذيب وأبو ثور وأحمد ، وقال ابو حنيفة انه يضمنه المرتهن ، واستدل للشافعي بقوله صلى الله عليه وآله وسلم «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه» في رواية «لا يغلق الرهن على راهنه له غنمه وعليه غرمه» رواه الدار قطني والحاكم وابن حبان ، وقال الحاكم على شرط الشيخين ومعنى قوله من راهنه أي من ضمان راهنه ، قال الشافعي هذا من أفصح ما قالت العرب الشيء من فلان أي من ضمانه ومن هنا تعرف وهم الشارح في قوله ان الشافعي قال انه يضمن نصيبه فانه لا يثبت ضماناً للراهن اصلاً ، ويأتي للشارح في الفصل الثاني انه لا يقول الشافعي بضمان الرهن ، ويأتي له اختيار مذهب الشافعي ، نعم لهم خلاف آخر وهو انه لو قضى أحد الراهنين للعين حصته من الدين دون الآخر فهل تبقى العين كلها رهناً قالت الحنفية تبقى كلها رهناً ، وقال الشافعي ومالك وأحمد لا يبقى رهناً الا حصة من لم يسلم الدين فقط كما صرح به في مختصر الطحاوي .

نصيبه فيه ، لنا أن كل واحد يستحق حبسه بعد إيفاء صاحبه ، وذلك معنى كونه رهناً عنده كله وأجيب بأن إيجابكم القسمة يأبى[١] ذلك ولأنه لو تعلق حق أحدهما بكله لكان كالأمة المزوجة والعين المؤجرة لا يصح رهنه من غيره ﴿و﴾ وأما أنه ﴿ **يبقى ضمان المستوفى** ﴾ فهوس[٢] منعه المؤيد وغيره لأنه إن كان في يده فقد انقلب بالايفاء أمانة وإن كان في يد شريكه فانتفاء سبب الأمانة والضمانة ظاهر وما تضمينه إلا كاستصحاب عدم الماء عند رؤيته ثم ﴿لا﴾ وجه[٣] للفرق بين المستوفي و ﴿**المبري**﴾ إذ الفرض أن البراء إنما كان عن الدين لا عن ضمان العين وأما قوله ﴿أو﴾ إذا رهن شريكان[٤] من ﴿ **واحد** ﴾ فانه يصح لانتفاء المانع من كمال القبض ﴿ **فيضم كله** ﴾ ما لم يوفيه أحد الراهنين أما اذا أوفاه أحدهما لم يبقَ نصيبه رهناً ، وحينئذٍ طرأ الشياع وبقي الرهن لجزء[٥] مشاع ضرورة والحكم بأن نصيب الموفى يبقى رهناً إنما يصح فيما لو كان بين الراهنين عقد شركة بها يصير كل منهما كفيلاً ووكيلاً لصاحبه

---

(١) **قوله** : يأبى ذلك ، أقول : لان ايجاب القسمة قاض بأنه ارتهن كل واحد نصف العين المشتركة اذ لو كان كلها رهناً لما صحت القسمة لان كل جزء مشترك بين المرتهنين ، وهذا وارد بلا تردد .

(٢) **قوله** : فهوس ، أقول : استدل لهذا الحكم في الغيث بقوله حجتنا ان الرهن رهن ما لم يستوف جميع الدين الذي فيه فيجب ان يضمنه والشارح يمنع انه رهن ما لم يستوف جميع الدين .

(٣) **قوله** : ولا وجه للفرق ، أقول : لم أجد لهم فرقاً وكأنهم يقولون ان من شأن الرهن ان له غنمه وعليه غرمه ومن أبرأ لم يبق له غنم فلا يلزمه غرمه ولانه بالابراء قد أحسن فلا يجازى بوجوب الضمان ثم رأيت في شرح الاثمار رداً على المؤيد ما لفظه قلت المبرىء محسن وما على المحسنين من سبيل واعلم أنه حذف في الاثمار هذه الجملة أعني «ويبقى ضمان المستوفى لا المبرىء» قال شارحه لدخول ذلك فيما سيأتي من قوله وكذا براءة الذمة قلت فلا يتوهم انه حذفه لعدم ارتضائه له وانه يوافق الشارح .

(٤) **قوله** : أو اذا رهن شريكان من واحد ، أقول : قيد الغيث هذا وفيما سلف في قوله ولو من اثنين بكون ذلك في صفة واحدة ، قال فتحصل من هذا ان الرهن اذا كان في صفقة واحدة صح رهن واحد من جماعة وجماعة من واحد وجماعة من جماعة فاذا أدى واحد ما عليه بقي جميعه رهناً فاذا كان في عقود لم يصح ذلك .

(٥) **قوله** : لجزء مشاع ضرورة ، أقول : في الغيث ان كله رهن بجميع الدين قال الفقيه «ع» فكأن كل واحد منهما استعار نصيب صاحبه فرهنه مع نصيبه ، الا انه قد تقدم للشارح ابطال هذا فادعى هنا الضرورة ودفع أيضاً ما ذكروه بقوله والحكم الخ ، ولا يخفى قوة ما قاله كما سلف وقوله ولا يقال دخوله مع صاحبه الخ ، هو أشف ما يقال في تعليل هذه الاحكام الا انه كما قال دعوى على الغير .

﴿و﴾ أما اذا لم يكن اشتراكهما الا في مجرد العين المرهونة فلا وجه لصيرورة نصيب الموفى رهناً ﴿ يحبسه ﴾ المرتهن ﴿ حتى يستوفي منهما ﴾ إلا على قول أبي حنيفة أنه إذا طرأ الشياع لم يفسد ولا يقال أن دخوله مع صاحبه في عقد الرهن بمنزلة إعارته لنصيبه ليرهنه لأنا نقول ذلك مجرد دعوى على الغير لاسيما إذا اختلف مذهبهما في صحة رهن المشاع وعدمها ﴿ فان طرأ الشياع ﴾ بنحو أن يأذن الراهن للمرتهن أن يبيع بعض المرهون مشاعاً ﴿ فسد ﴾ الرهن ، خلافاً لأبي حنيفة محتجاً بأن شياع المرهون لا يستلزم شياع الرهنية ، ولهذا صح رهن شريكين من واحد وهذا[1] الطارىء إنما هو شياع المرهون لا الرهنية فهي باقية وإذنُ المرتهن ببيع بعض المرهون ، لا يستلزم فسخ الرهن فيما أذن ببيعه لعدم التنافي بين ثبوت الملك لشخص والحق فيه لآخر .

نعم ، لو فسخ الرهنية في بعض الرهن الواحد من واحد لصح قياساً على إسقاط بعض الشفعة في مثله في لزوم سقوط الحق من الكل .

﴿ فصـل ﴾

﴿ ولا يصح الرهن في عين ﴾ وقيل يصح فيها ، لنا أن قوله تعالى (فإن لم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) وارد في سياق قوله تعالى (إذا تداينتم بدين) وأجيب بأنه عمل بمفهوم الشرط ولو تقيد به لتقيد[2] بعدم وجدان الكاتب لكونهما شرطين للرهن ، والحق[3] أن الشرطين

---

(١) قوله : وههنا الطارىء انما هو شياع المرهون ، أقول : هو الذي يمنعه المصنف كما سلف فهو على أصله مفسد للرهن فانه فرق بين الشياع في الرهن وفي المرهون كما في التحصيل ومن واحد لجماعة فصح عنده مع الشياع في الرهن ولم يصح عنده من جماعة لواحد.

(فصل ولا يصح في عين)

(٢) قوله : لتقيد بعدم وجدان الكاتب ، أقول : قد قال به ابن حزم فقال لا يجوز اشتراط الرهن الا في بيع الى أجل مسمى في السفر أو في السلم الى أجل مسمى في السفر خاصة مع عدم الكاتب في كلا الوجهين مستدلا بالآية وخص جوازه الاشتراط بالدين الى أجل ولا يكون التأجيل الا فيما يكون بيعاً أو سلماً أو قرضاً ، فهذه الوجوه يجوز فيها اشتراط التأجيل ، قال لورود النص بوجوبه في السلم وجوازه في القرض والبيع ، وأجاب عن رهنه صلى الله عليه وآله وسلم درعه من اليهودي بانه لم يكن باشتراط قال ونحن لا نمنع من الرهن بغير الاشتراط في العقد لأنه تطوع من الراهن والتطوع ما لم ينه عنه حسن .

(٣) قوله : فالحق ان الشرطين خارجان على الغالب ، أقول : والقيد اذا خرج على الغالب لا يعتبر

خارجان على الغالب فلا يعتبر مفهومهما وأما حمل كلام المخالف على أن لا يصح الرهن في العين ﴿ إلا بعد التضمين ﴾ لها إن صح التضمين لا في الوديعة ونحوها مما تقدم أنه لا يضمن بالتضمين إذ لا دين فينبني على انتهاض دليل صحة الرهن فيما يستلزمه طلب الرهن ، وقد تقدم تحقيق عدم انتهاضه ، وانتهاض[1] صحة القيلين الماضيين ثم ظاهر قوله إلا بعد التضمين عدم[2] صحة الرهن في المضمونة بلا تضمين ، فلو قال إلا مضمونة لشمل ما ضمن بتضمين

= مفهومه كما في قوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) الا ان الشارح قد بحث فيه في شرح الفصول حيث قال وفيه بحث لان الخروج على الغالب زيادة في المقتضى لاعتبار القيد لا مانع له لما تقدم من ان الحق ان العموم لا يشمل النادر لانه غير ظاهر ، وربما كان التصريح بما هو الغالب حجة للقائل بان الاحكام انما تتعلق بما هو الغالب فكلامه هنا ينافي بحثه ، ولا يقال انه هنا بناء على أصلهم لانه لا يصح فأنهم هنا اعتبروا المفهوم فمنعوه في العين فكان الأحسن ان يقول المفهوم معتبر هنا الا انه عارضه ما هو أرجح منه ، والمنار جنح ايضاً الى صحة الرهن في العين ، قال الغرض من الرهن الاستيثاق والمجاذرة لذهاب ما خرج عن اليد والعين والدين لا يفترقان في ذلك ، وأما ذكر الدين في ذلك فخارج مخرج الغالب ، الا ترى ان الاحكام المذكورة من أول الآية مشروعة في العين من الكتابة ان فلاناً عنده عين مضمونة لفلان أو أمانة ، وكذلك الشهادة وكذلك قوله «أدنى الا ترتابوا» اذ يحصل الخوف والريبة في العين كالدين ، وقوله (الا ان تكون تجارة حاضرة) وتلك التجارة قد تكون قيمياً بقيمي فأخراجها من المستثنى منه يدل على شمولها لها ، وكذلك الاشهاد عند المبايعة ثم قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) فكما ان السفر ليس بشرط فكذلك كون المرهون فيه دينا ليس بلازم ، ثم قال (فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤ د الذي اؤ تمن امانته) ومعلوم ان ذلك شامل للعين شموله للدين ولا يخفى قوته وحسنه ، قلت وهو مذهب مالك كما في النهاية ، قال في المنار وهو مذهب الحنفية المصدر في كتبهم أي صحة الرهن في العين ثم ذكر لهم تفصيلاً في ذلك .

(١) **قوله** : وانتهاض صحة القيلين الماضيين ، أقول : أحدهما قول الازهار قيل وبحلوله ، والآخر قيل وبفوات العين وهو الذي تقدم له ان دليل استقرار الرهن بثبوت الدين وبحلوله واستقراره بفوات العين كل ذلك استدلال بانتفاء اللازم على انتفاء الملزوم والمسائل الثلاث سواء في شمول الدين لها فشملها الحكم، ولا وجه للتفريق بينها كما فعله الازهار فيما يأتي قريباً ، وقول الشارح فينبني على انتهاض صحة الرهن فيما يستلزمه طلب الرهن وذلك كالمسائل الثلاث وهي استقرار الدين وحلوله وفوات العين التي جعل الشارح دليلها واحداً هو الاستدلال بانتفاء اللازم على انتفاء الملزوم الا ان قوله هنا انه تقدم عدم انتهاضه لم يتقدم واما صحة القيلين فكأنه يريد صحتهما الزاماً لا اختياراً والا تناقض كلامه فتأمل فانه اذا صح القيلان صح ما قبلهما لشمول الدليل .

(٢) **قوله** : عدم صحة الرهن في المضمونة بلا تضمين ، أقول : قد حول الاثمار العبارة حيث قال ويصح في نحو العين مع الضمان ، قال ابن بهران وقوله مع الضمان أي حيث صارت مضمونة بأي أمر

وبغيره ﴿ **ويكفي** ﴾[١] في تضمين العين ﴿ **طلبه** ﴾ أي طلب مالك العين للرهن ﴿ **من المستعير والمستام لا الوديع** ﴾ لأنه لا يضمن بتضمينه وإن ضمن صريحاً فضلاً عن التضمين الضمني ﴿**و**﴾ أما إن طلب الرهن من ﴿ **المستأجر** ﴾ للعين لا يتضمن تضمينه فإن أراد أنه لا يضمن بتضمينه أثر الاستعمال فلا شبهة في كونه كالوديع ، وإن أراد[٢] انه لا يضمن بتضمينه العين فقد عرفت أنه يضمن إذا ضمن العين نفسها وأما الاعتذار[٣] بأنه آخذ ومعط لنفع نفسه ونفع المالك والمستام كذلك لأن كلام المتساومين آخذ ومعط لنفع نفسه ونفع صاحبه ﴿ **ولا** ﴾ يصح الرهن ﴿ **في** ﴾ تمام كفالة باحضار ﴿ **وجه** ﴾ لأن الوجه ليس بدين وقد

سواء كان تضميناً كالعارية المضمنة أو بغير تضمين كما يضمنه الأجير المشترك اهـ قلت لك ان تقول انه يعلم ان المضمونة يصح فيها بالاولى اذا لزم فيما طرأ له التضمين فيتم شمول الازهار لذلك وزاد الاثمار غالباً احترازاً من الرهن فانه لا يصح الرهن فيه مع انه مضمون وذلك لأنه يؤدي الى التسلسل .

(١) قال : ويكفي طلبه الخ ، أقول : حذف هذا الاثمار كله ، قال الوابل لان المراد هنا ذكر الرهن وما يتعلق به لا ذكر سبب التضمين لان المعنى انه لا يصح الا في عين مضمونة بأي شيء سواء كان تضمينها بتصريح به أو بغير تصريح ، وأيضاً فان قوله في الازهار لا الوديع يحتمل انه أراد ان الوديع لا يكفي طلبه في التضمين فهو لا يكفي ولا يؤثر التصريح في التضمين ايضاً ، فلا وجه لتخصيص الطلب وان أراد انه لا يصح الرهن في الوديعة فلم يتقدم ما يناسب ذلك قلت والشارح حمل عبارته على انه أراد الشق الأول من الترديد لأنه ظاهر السياق .

(٢) **قوله** : وان أراد أنه لا يضمن بتضمينه العين ، أقول : هذا الطرف من الترديد مراده اذ هو في سياق ضمان العين نفسها ، ولذا قال في الغيث والفرق بينهما يريد بين المستعير والمستأجر حيث كفى الطلب في الاول لا الثاني ان المستعير أخذ لنفع نفسه فقط فيكفي في تضمينه طلب الرهن بخلاف المستأجر فانه آخذ لنفعه ونفع المالك فلم يكف الطلب فقول الشارح انه يضمن اذا ضمن العين نفسها ان أراد ضمن صريحاً فلا كلام فيه ولا هو محل النزاع ، وان أراد التضمين الضمني فهو محل النزاع .

(٣) **قوله** ؛ وأما الاعتذار ، أقول : أي عن كفاية الطلب في المستعير لا المستأجر فانه منقوص بالمستام حيث جعلوه كالمستعير يكفي في تضمينه الطلب والعلة الفارقة موجودة فيه اذ هو أخذ للعين لنفع نفسه فقط والثمن ينتفع به غيره ، قلت لك ان تقول فرق بين الأخذين والاعطاءين فأنهما في المستأجر قد أخذ كل واحد وأعطى من دون تردد ولا ترو في ذلك بخلاف المستام فانه يأخذ العين غير جازم بالأخذ ولا بالاعطاء بل هو متردد في الأمرين كالذي أعطاه السلعة أيضاً الا ان هذه الفروق لا تثبت بها الاحكام ولا تنفى لعدم قوتها على ذلك .

قيدت الآية الرهن به كما تقدم ، وقال[١] المصنف بل لأنه لا يمكن الاستيفاء للوجه المكفول به من الرهن ﴿و﴾ أما إطلاق قوله أنه لا يصح الرهن من السيد في أرش **﴿جناية عبد﴾ له لما** عرفت من أن جناية العبد تتعلق برقبته كما تقدم فبناء على أن رهن السيد في أرش جناية عبده ليس اختيارا[٢] لرقبة العبد ولا يتضمنه ولا يخفى أنه لا يقصر عن تضمن ذلك كما تضمن طلب الرهن في العين تضمينها ﴿و﴾ لا يصح الرهن عن الغير **﴿ تبرعاً بغير أمر ﴾** منه قال المصنف[٣] لأنه لا يمكن الاستيفاء من الرهن حينئذ اذ لم يصدر من المتبرع ما يزيل ملكه ﴿و﴾ أقول المتبرع بالرهن كالمتبرع بالتزام الدين أو تسليمه مع **﴿ إضافة ﴾** منه وتصريح بأن ذلك عن فلان فيتقارن لزوم الدين والرهن كما قلنا في رهن السيد عن جناية العبد ﴿و﴾ الرهن **﴿ كل فوائده ﴾** الأصلية والفرعية الموجودة حال العقد والحادثة بعده **﴿ رهن ﴾** مثله إن لم يشترط خروجها ، وقال الناصر والأمام يحيى والشافعي لا يكون رهناً ، قلنا يسري[٤] الرهن إليها كالكتابة إلى الولد ، قالوا سراية العتق مخالفة للأصول باستهلاك مال الشريك بغير إذنه بخلاف الرهن ولحديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال « لا يغلق[٥] الرهن لمن رهنه له غنمه

---

(١) **قوله** : وقال المصنف : أقول : في الغيث تعليله بقوله لان من مضمون الرهن ان يكون في ذمة الراهن شيء ولا شيء في ذمة الكفيل بالوجه فلا يصح رهنه .

(٢) **قوله** : ليس اختياراً لرقبة العبد ، أقول : في الغيث فلو التزم الجناية ثم رهن صح ذلك ، وكذا لو فهم من دفع الرهن انه أراد اختيار الارش كان اختياراً وصح الرهن فاصالة على الفهم قد لاقى كلام الشارح .

(٣) **قوله** : قال المصنف الخ ، أقول : في الغيث تعليله بقوله لأن فرض الرهن ان يكون مضموناً ، وهنا لا يصح ضمانه الا لمن هو عنه ، اذ لا عقد بينهما ولا للراهن لعدم وجوب الحق عليه والشارح جعل التبرع كالالتزام مع الاضافة ، ولا يخفى بعده .

(٤) **قوله** : قلنا يسرى الرهن ، اليها كالكتابة ، أقول : هذا غير محل النزاع فأن الكتابة تسرى اليها سرى ملك ، واخراج الرقبة عن ملك مالكها ، وهنا الفوائد باقية على ملك الراهن ، انما قالوا تحبس مع أصلها وهو غير ما أقاسه عليه ، وكذلك حديث له غنمه وعليه غرمه ليس من محل النزاع فان غرمه فوائده وهي باقية على ملك الراهن انما الدعوى انها تبقى رهنا كأصلها فلا يصح الاستدلال بالحديث الا على من قال ان الفوائد ملك للمرتهن

(٥) **قوله** : لا يغلق، أقول: بفتح ياء المضارعة والغين المعجمة وضم القاف على الخبر كما قاله ابن عبدالبر أي لا يهلك وفي النهاية المعنى انه لا يستحقه المرتهن اذا لم يستفكه صاحبه وكان هذا من فعل

وعليه غرمه » ابن حزم وحسن اسناده ، والدارقطني من طريق أخرى صححها عبد الحق كلاهما من حديث أبي هريرة مرفوعاً وهو عند ابن حبان والدارقطني وابن ماجه والحاكم والبيهقي وغيرهم موصولاً ومرسلاً من مراسيل ابن المسيب من طرق بلفظ « لا يغلق الرهن من راهنه صاحبه له غنمه وعليه غرمه » ، وصحح أبو داود والبزار والدارقطني إرساله ، وصحح ابن عبد البر وعبد الحق وصله ، قلنا «له غنمه وعليه غرمه »[١] مدرج من قول سعيد صرح بذلك أبو داود في المراسيل وجوده ابن وهب أيضاً ، وأشار الى مثل ذلك عبد الرزاق ولو سلم فالمراد[٢] بلْه غنمه أن المرتهن لا يملك الغنم لا أنه لا يكون رهناً ، قالوا يأبى ذلك حديث أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال« الرهن مركوب ومحلوب»الدارقطني والحاكم من حديث أبي هريرة

= الجاهلية ان الراهن اذا لم يؤد الدين الذي عليه في الوقت المعين ملك المرتهن الرهن فأبطله الاسلام فعرفت ان هذه الجملة المرفوعة لا دخل لها في محل الاستدلال في ما نحن فيه ، والذي يصلح حجة كلام مدرج لا تقوم به حجة ، ولكن لا يخفاك انا نختار مع صحة رواية الرهن انه لا يقدح فيه رواية الارسال بل الحكم للرفع .

(١) **قوله** : وعليه غرمه ، أقول : تقدم انه غير مرفوع فلا حجة فيه فالدر والركوب يصيران ملكاً للمرتهن لا رهناً وغيرهما ان كان حاصلاً قبل فهو رهن وان حدث بعد فالاصل عدم الرهنية هذا خلاصة ما اختاره الشارح ، ولا يخفى قوته دليلاً ، ثم رأيت لابي محمد ابن حزم ما معناه ومنافع الرهن كلها لا يحاشى منها شيئاً لصاحبه الراهن هي له كما كانت قبل الرهن ولا فرق الا ركوب الدابة المرهونة ولبنها فهما له الا ان لا ينفق عليها الرهن وانفق عليها المرتهن كانا له بما انفق لا يحاسب به من دينه كثر ذلك أو قل برهان ذلك قوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام» والمرهون باق على ملك راهنه بيقين واجماع فله الوطء والاستخدام والمؤاجرة والخياطة وأكل الثمرة والولد الحادث والزرع والعمارة والاصواف الحادثة والسكنى وسائر ما للمرء في ملكه الا كون الرهن في يد المرتهن فقط بحق القبض الذي جاء به القرآن ولا مزيد انما كان للمرتهن الركوب واللبن للنص في مقابل انفاقه ولا ريب ان كلامه أوفق بالحديث ، واعلم ان الاقوال في الفوائد خمسة ، رهن ١ مضمون ، لا رهن ٢ ولا مضمونة ، رهن ٣ غير مضمونة ، لبنه ٤ وصوفه وركوبه للمرتهن ، اللبن ٥ فقط للمرتهن ، كذا في الغيث ونسب الآخر الى ابن حنبل والذي في نهاية المجتهد عنه وعن اسحاق بن راهويه ان المرتهن يحلبه ويركبه بقدر ما ينفقه ولمالك تفصيل آخر ذكره هنالك .

(٢) **قوله** : فالمراد بله غنمه ان المرتهن لا يملك العين ، أقول : على هذا المعنى حمل أهل المذهب الحديث .

والمراد مركوب ومحلوب للراهن[١] لا للمرتهن عند غير أحمد وأبي ثور، قلنا أعل بالوقف ورجحه الدارقطني والبيهقي ، وقال ابن أبي حاتم قال أبي رفعه مرة ثم ترك الرفع بعد . **قلت** أما الركوب واللبن فلا بد من الحكم باستحقاق المنفق للمركوب والمحلوب لهما من راهن أو مرتهن لحديث « الرهن يركب ويحلب بنفقته » تقدم ، وعليه يحمل قول أحمد وأبي ثور يملك المرتهن الفوائد تخصيصاً للدعوى بالخراج ولا بد من ذلك على أصل من أوجب ضمان الرهن بحديث الخراج بالضمان تقدم ، وما عدا الخراج فان كان حاصلاً حال العقد تعلق الرهن به وإلا فالأصل البراءة عن تعلقه به فيكون أمانة ودعوى السراية لا تسمع إلا بدليل كالعتق ، وأما أن ما حصل من الفوائد فهو ﴿ **مضمون** ﴾ خلافاً للقاسم وأبي حنيفة قلنا لو كان غير ضمانة لكان أمانة إذ لا واسطة ولو كان أمانة لما استحق حبسه ، وأجيب بمنع الملازمة بين الأمانة وعدم استحقاق الحبس مسنداً بمستأجر عين لم يضمن ﴿ **لا كسبه** ﴾ لو كان ذا كسب كالعبد فلا يكون رهناً والمراد بالكسب ما لا يكون كراء له بل ما يوهب له أو يصطاده أو نحو ذلك لأن الكراء من الفوائد الفرعية وقد تقدم أنها رهن مضمونة بالسراية لاتصالها بذاته اتصال السبب بالمسبب لكنه يلزم أن لا يكون الكسب إلا ما لا يستند إلى عمل منه فلا يكون[٢] الصيد والأحياء ونحوهما كسباً ﴿ **وَمُؤَنُهُ كلها على الراهن** ﴾ وقال الفريقان إلا مؤ ونة[٣] حفظه لنا حديث « وعليه غرمه » قالوا غرمه مجمل لأنه فسر بمُؤَنِهِ أو بجنايته أو بما فيه من دين أو بتلفه من ماله

---

(١) **قوله** : للراهن لا للمرتهن ، أقول : الظاهر مع أحمد ففي بعض الفاظ الحديث الصحيح «اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقتها» وغيره من الاحاديث الدالة على ان الراكب والشارب المرتهن كما سلف واختار الشارح هذا .

(٢) **قوله** : فلا يكون الصيد والاحياء كسباً ، أقول : أراد بالكسب ما ليس من نفس الرهن ولا بدل من منافعه كما في شرح الاثمار فيرد عليهم ما أورده الشارح من الصيد والاحياء اذ هما من ابدال المنافع الا ان يريد بابدال المنافع ما كان عن معاوضة فلا يرد ما ذكر ويدل على انهم أرادوا ذلك عدهم للصيد والاحياء من غير الكسب فينظر الا انهما لغة من الكسب .

(٣) **قوله** : الا مؤ ونة حفظه، أقول : قد أورد الغيث هذا سؤ الاً فقال ويرد على مذهبنا سؤ ال وهو ان يقال الحفظ واجب على المرتهن وما لا يتم الواجب الا به يكون واجباً فهلا وجب على المرتهن ؟ والجواب من وجهين الأول ان هذا ليس بمطرد فان المستأجرة والمعارة المؤ ونةعلى المالك سواء ضمنها او لا . الثاني الخبر وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم «له غنمه وعليه غرمه» . والشارح كما ترى اختار مذهب الفريقين كأنه يضعف الجوابين .

وأما لزوم المؤ ن للمالك فبالاستصحاب لا بالحديث ولم يستصحب الحفظ عليه لخروجه من يده فايجاب الحفظ عليه يناقض رفع يده ويناقض تضمين المرتهن أيضاً ﴿ **فإن أنفق المرتهن** ﴾ على الرهن ﴿ **فكالشريك** ﴾ وقد تقدم الكلام على إنفاق الشريك في النفقات فلا نكرره[١] .

﴿ فصل ﴾

﴿**و**﴾ الرهن ﴿ **هو** ﴾ مع المرتهن ﴿ **كالوديعة** ﴾ في حرمة الانتفاع به والتصرف فيه أي تصرف ﴿ **إلا في جواز الحبس** ﴾ لأنه موضوعه ومسمى اسمه ﴿**و**﴾ في ﴿ **أنه** ﴾ مضمون على المرتهن إن جنى عليه بلا خلاف وبلا جناية[٢] أيضاً وعن علي وبه قال الناصر والأمام يحيى والشافعي وأحمد والأوزاعي لا يضمنه ، لنا ما روى عن عطاء مرسلاً أن[٣] رجلا

---

(١) **قوله** : فلا نكرره ، أقول : تقدم للمذهب انه ان انفق الشريك في غيبة المالك أو لأجل تمرده أو اعساره أو بأذنه رجع عليه بما أنفقه وان لم يكن شيء من ذلك فلا يرجع عليه .

(فصل) وهو كالوديعة .

(٢) **قوله** : وبلا جناية أيضاً ، أقول : أي مضمون اذا أصابته آفة سماوية وقوله وعن على الخ هذه احدى الروايتين عن على وضمير لا يضمنه اي الرهن الذي تلف مثلاً بغير جناية المرتهن ، واعلم ان في البحر عن علي وعمر وابن عمر وجماعة من التابعين وزيد والقاسمية وابي حنيفة واصحابه انه يضمن المرتهن ما أصيب بآفة سماوية وهو الازهار وقال ابن حزم انه لم يصح عن على الرواية بالتضمين بل أصح الروايات عنه اسقاطه فيما أصيب بجائحة وكذلك قال لم يصح عن عمر ولا عن ابنه وذكر في المسألة خمسة أقوال وزيفها لعدم الدليل ثم ذكر حديث أبي هريرة «لا يغلق الرهن لمن رهنه له غنمه وعليه غرمه» ، قال فهذا مسند من أحسن ما روى في هذا الباب والهلاك من الغرم ويأتي الكلام على حديث الفرس .

(٣) **قوله** : مرسلاً ، أقول : نفق الفرس أي مات في يد المرتهن والادلة قد تعارضت في الضمانات فحديث عطاء يقضي بالضمان وحديث «عليه غرمه» يقضي بخلافه الا انالأول مرسل وفي العمل به خلاف وقد قدمنا العمل به ، والثاني مدرج لا يقوم به الاستدلال وعندنا انه قد ثبت له الرفع فيعتمد على انه قال انه مجمل فلا يتم به الاستدلال لو ثبت رفعه الا بعد بيانه فالمرسل اولى من المدرج الا انه عضد المدرج حديث الخراج بالضمان وقد استدل في نهاية المجتهد للقايل بالضمان فانه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان يسقط بتلفها أصله تلف المبيع على البائع اذا امسكه حتى يستوفى الثمن وهو متفق عليه عند الجمهور فهذا القياس ايّد به مرسل عطاء والمسألة عندي محل وقف لعدم نهوض الادلة من الجانبين والشارح تقدم له تقوية قول احمد وأبي ثور بملك الراهن للفوائد فيلزمه هنا القول

رهن رجلاً فرساً بمال له عليه فنفق الفرس في يد المرتهن فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم « ذهب حقك » قالوا مرسل لا حجة فيه وإن سلم حمل على نفاق الفرس بجناية من المرتهن جمعاً بينه وبين حديث « وعليه غرمه » قلنا المراد ما يحتاج إليه من غرامة لا تلفه من ماله قالوا تأويل لا يساعده « له غنمه » لحديث الخراج بالضمان تقدم فلو كان مضموناً على المرتهن لكان له خراجه بحكم النص وقد أبيتموه ولم يثبته إلا أحمد وأبو ثور وقول للشافعي ولأنه مأخوذ للانتفاع بقبضه في مقابلة مال كالعين المؤجرة ، وإنما يضمنه المرتهن ﴿ **في العقد الصحيح** ﴾ لا الفاسد وهو مفقود العقد أو الأقباض أو المأخوذ على غير مضمون بالتضمين فادعى المصنف الاجماع على عدم ضمانه ، وأما قوله إن المرتهن يضمنه ﴿ **ولو** ﴾ كان الراهن ﴿**مستأجرا**[1] **أو مستعاراً لذلك** ﴾ أي استأجره الراهن أو استعاره ليرهنه فلا دخل له في

= بالضمان لحديث الخراج بالضمان الا انه تقدم له ان المراد بالخراج الكراء لا غير ولا وجه لحصره عليه والمنار جنح الى قول مالك انه يضمن غير الغالب قال وهو أعدل اذ لم يأذن المالك الا لملجىء والمرتهن أخذه لغرضه وليس ذلك من أوصاف الامانة والاصل حفظ مال الغير قلت يشكل على اختيار حديث الفرس فانها هلكت بغالب الا ان يقول مرسل لا حجة فيه ، وقد قال صاحب المنار اما ضمان الغالب فأمر عظيم لا يقتحم الا بدليل قاهر انتهى كلامه . واعلم انه قال ابن حزم ان حديث الفرس روى من طريق مصعب بن ثابت وليس بالقوى مع انه مرسل وذكر في المسألة خمسة أقوال واختار انه لا يضمن واستدل بقوله صلى الله عليه وآله وسلم «ان دماءكم وأموالكم حرام» قال فلا يحل تغريم المرتهن شيئاً ولا ان يضمن الرهن بغير نص في تضمينه الا ان يتعدى فيه ويضيعه فيضمن حينئذ في كلا الوجهين قلت هذا هو الحق بلا مرية ولا يكلف الله عباده ضمان الآفة السماوية وانه اذ مات العبد ضمنه المرتهن بلا جناية ولا ذنب ولا قدرة له على دفع ما نزل ولا يكلف الله نفساً الا وسعها والله تعالى أعدل من أن يلزمه ذلك وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم لمن أصابت ثماره الجائحة وأراد استيفاء قيمتها من المشتري «بم تأكل مال اخيك» وهو حكم عام للمرهون والمشتري والعجب كله من تفريعهم على ضمان الجائحة انه يضمن بأوفر قيمة من القبض الى التلف وأما اذا جنى عليه فيضمنه بقيمته حين التلف والشارح قد جنح الى ما اخترناه من عدم الضمان في الجائحة وأورد عليهم ان التغليظ في ضمان جنايته أولى من التغليظ فيما أصيب بالجائحة .

(١) **قال** : ولو مستأجراً أو مستعاراً لذلك ، أقول : أي ليرهن ولا يخفى ان الرهن حبس عين بدين يمكن استيفاؤه منها ولا يكون هذا الا في عين مملوكة للراهن فالمستعارة والمستأجرة لا يمكن استيفاء الدين منهما لعدم ملك الراهن لهما فالحق انه لا يصح الرهن الا لعين مملوكة لراهنها ثم رأيت في الشرح انه قال ابن جريح انه لا تكون العين المرهونة الا ملكاً للراهن كما قلنا فالحمد لله .

بيان ضمان الرهن على المرتهن لأن من أثبت ضمان المرتهن لم يختلفوا في عدم الفرق بين كونه ملكاً للراهن أو مستعار أو مستأجراً وإنما[1] اختلفوا في ضمان الراهن فقال الشافعي لا يضمن وهو خلاف أصله في ضمان العارية كما سيأتي فأصله يكفي عليه حجة وقال أبو حنيفة وأصحابه وهو قول لأبي طالب لا يضمن من العارية ، والمستأجر إلا قدر ما أسقطت عنه من الدين للمرتهن قلنا أخذ العين ليرهنها كشرط الضمان لها فيضمنها كلها بعد قبض المرتهن وقبله أيضاً وأجابت الحنفية بأن الأذن من المالك برهنها في مقدار كبيعها به فلا يضمن الراهن غيره كما لا يضمن المشتري غير الثمن وما زاد من ضمان المرتهن فللراهن وقال أبو طالب بل ضمانها بما رهنت فيه فان زاد ما ضمنه المرتهن فليس بمضمون بل باقٍ على أصل الأمانة .

وأجيب[2] بمنع أن شرط الضمان مقيد بما رهنت فيه ﴿و﴾ اختلافهم في ضمان الراهن للمستعارة والمستأجرة لترهن إنما هو إذا ﴿ **لم يخالف** ﴾ المستعير والمستأجر ﴿ **المالك** ﴾ فيما أذن له به فيها وإلا ضمن ضمان الغصب اتفاقاً ثم الرهن ﴿ **مضمون** ﴾ على المرتهن ﴿ **كله** ﴾ أي كل قيمته وقال[3] عمر وزيد وأبو حنيفة وأصحابه والثوري بل الأقل من القيمة أو الدين وقال البصري والشعبي بل بالدين[4] قل أم كثر، لنا على ضمان زيادة القيمة حديث « له غنمه » والزيادة غنم وعدم الفارق بين مضمون ومضمون **وأجيب** بالفرق بمثل ما تقدم في ضمان الراهن للمؤجرة والمستعارة لترهن ورد بمنعه ﴿و﴾ أما مقدار ﴿ **ضمان الرهن** ﴾ فمختلف فيه لأنه ﴿ **إن تلف** ﴾ بأمر سماوي ضمن ﴿ **بأوفر قيمة من القبض الى التلف**

---

(١) **قوله** : وانما اختلفوا في ضمان الراهن أقول : وفائدة الخلاف انه عند تلفه قبل الرهن او بعد الفك فعلى القول الاول لا يضمن وعلى الثاني يضمن قدر الدين وعلى قول أهل المذهب يضمنها كلها وثمت فوائد أخر ذكرها في الغيث.

(٢) **قوله** : وأجيب بمنع ان شرط الضمان مقيد بما رهنت فيه ، أقول : فيلزم ضمانها كلها وهو المذهب .

(٣) **قوله** : وقال عمر وزيد الخ ، أقول : في ان المرتهن يضمن زيادة الرهن والراهن لا يضمن زيادة الدين ولو كان الدين مائة درهم وقيمة الرهن تسعون فانه يضمن تسعين ويبقى له من دينه عشرة دراهم وان كان الرهن بمائة والدين بتسعين فانه يسقط جميع هذه ولا يرجع بعشرة عليه .

(٤) **قوله** : بل بالدين قل أم كثر ، أقول : ويستدل بقصة الفرس فأنه صلى الله عليه وآله وسلم حكم بسقوط الدين بهلاك الفرس ولم يستفصل هل الدين مساو أو أقل أو أكثر وكان يلزم أهل المذهب القول بهذا لانهم استدلوا بقصة الفرس في أصل الضمان ولم يعارضها هنا ما هو أقوى .

و ﴾ إلا يتلف بأمر سماوي بل بجناية[1] ضمن ضمان ﴿ **الجناية** ﴾ لقيمته حين ﴿ **إن أتلف** ﴾ إلا أنه لا يخفى أن[2] الفرق تحكم بحت لأن أوفر القيم إن كان مضموناً قبل التلف فلا فرق بين ما أتلف وما تلف لأن الاتلاف لا يصلح مسقطاً للمضمون وإن لم يثبت إلا بالتلف فلا وجه لضمان ما لم يكن مضموناً ﴿ **وفي نقصانه بغير السعر** ﴾ نقصاناً ﴿ **يسيراً** ﴾ بغير جناية أو جناية ﴿ **الأرش** ﴾ فقط على المرتهن واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو انشد نحو الأكليل بلا جناية ولا نقصان وزنه ولا جوهره وهو مرهون في جنسه من الجوهرين فانه لا شيء فيه وفيه نظر[3] لأن الأشداخ* إن نقص قيمة صنعته فلا دليل على تخصيصها بعدم الضمان إلا توهم كون ذلك ربا وهو غلط لأن الربا انما يكون في البيوع لا في الضمانات وإن لم ينقصها فلا نقص في عين ولا قيمة والمسألة مفروضة على النقص ثم القيمة إذا كانت مضمونة من القبض

---

(١) **قوله** : بل بجناية ، أقول : الاولى بل بجنايته بالاضافة الى المرتهن اذ الحكم بجنايته لا بمطلق الجناية كما تعرفه مما يأتي عن الوابل .

(٢) **قوله** : الا انه لا يخفى ان الفرق تحكم بحت ، أقول : في الأثمار نسبة لزوم ضمان الجناية فقط ان أتلف الى المذهب قال الوابل وهذا هو ظاهر الازهار قال النجري في شرحه على الأزهار ما معناه انه سأل الأمام المهدي عن كلام الحفيظ وتعليق الفقيه ع واحد كلامي التذكرة وهو ان الراهن يخير ان شاء ضمنه ضمان الرهن أو ضمان الجناية فقال المذهب ما في الازهار يعني انه لا يستحق الارش بجناية واستضعف المؤلف جعل ذلك للمذهب وقال الصحيح ما ذكره في الحفيظ مع وقوع الجناية عليه من غيره فاولى ان تجب من جنايته . ولا يخفى ان قوله فأولى ان تجب من جنايته يقتضي ان تلزمه بجنايته الاغلظ لا انه يخير الراهن الا انه يقال لما كان مخيراً فانه لا يختار الا الاغلظ مراعاة لحفظ نفسه .

قوله : بل الجناية على ما هو كالوديعة ، أقول : الاولى ان يقال بل جنايته بنفسه اولى بالتغليظ من الجناية بالأمر الغالب .

(٤) **قوله** : وفيه نظر لانه ان نقص قيمة صنعته ، الخ ، أقول : الكلام مفروض انه لزم من انشداخه خلل يوجب له الارش لولا ما عرض من المانع وهو لزوم الربا وذلك انهم عللوا عدم ضمان الارش هنا بانه يكون ربا من حيث انه دين معاملة لا دين جناية ولذا قالوا فان انتقص وزنه أو كان بجناية أو كان مرهوناً في غير جنسه أو كان فيه جواهر فانكسرت ولو بغير جنايته فان المرتهن يضمن الارش في ذلك كله لانه دين جناية لا يلزم منه الربا هكذا قرروه قال الفقيه ع القياس انه يضمن في الصورة الاولى لان الضمان ليس من عقود الربا واختاره الامام شرف الدين وقد بسط المسألة في شرح الفتح وأبان كيفية المساقطة .

(*) فعله ثلاثي : شدَخَ، يشدخُ، شَدْخاً.

الى التلف فلا وجه[١] أيضاً لتخصيص نقصان زيادة سعر القيمةبعدم التضمين وإن أريد نقصان سعر المثلي بناء على أن السعر لا يكون إلا فيه فالكلام في نقص المضمون والمضمون إنما هو المثل في المثلي ولم ينقص ﴿و﴾ أما إذا كان النقصان ﴿ **كثيراً** ﴾ وهو ما فوق النصف فانه يثبت للمالك ﴿ **التخيير** ﴾ بين أخذ الرهن وأرشه أو أخذ قيمته ﴿و﴾ إذا كان الارش ثابتاً بغير جناية فانه ﴿ **يساقط** ﴾ من ﴿ **الدين** ﴾ بقدره ولا يحتاجان في ذلك الى التراد ﴿ **إلا لمانع** ﴾ وهو أن يكون الارش من غير جنس الدين فلا بد من التراد بينهما بأن يأخذ كل منهما ما هو له ويسلم ما هو عليه ﴿ **وعلى مستعمله منهما لا بأذن الآخر الأجرة وتصير رهناً** ﴾ كما تقدم إن لم يسقط الدين أو بعضه ﴿و﴾ إنما لزمت المالك لأنه ﴿لا﴾ ينفذ ﴿ **تصرف المالك فيه بوجه إلا بإذن المرتهن** ﴾ وقال الأمام يحيى ومالك والشافعي وابن أبي ليلى له التصرف[٢] فيه بما لا يرفع يد المرتهن قلنا الرهن متعلق بالرقبة والمنفعة وأجيب بالقول بالموجب ومنع منافاة تصرف الراهن بتعلق الرهن بالمنفعة لأن معنى تعلقه بها استحقاق حبس عوضها لا إتلافها بالتعطيل بالعين عن منافعها وإلا لضمن أعواضها ، إن لم يأذن وذلك معنى صحة تصرف المالك وهو ينافي قوله ﴿ **فإن فعل** ﴾ أي تصرف بغير إذن المرتهن ﴿ **نقض** ﴾ ما فعله ﴿ **كالنكاح** ﴾ والبيع والتأجير والمراد بنقضه عدم انعقاده من باب ضيق فم الركية لأنه موقوف والموقوف لا ينفذ ، الا باجازة من له الأجازة وذلك معنى عدم انعقاده لأن انتفاء اللازم برهان[٣] أي على انتفاء الملزوم ﴿ **إلا العتق والاستيلاد** ﴾ إن أراد المصنف أنهما ينفذان فلا وجه لقوله ﴿ **على الخلاف** ﴾ بل الصواب أن يقال على الأصح وإن أراد التردد في النفوذ وعدمه فحق العبارة أن يقال وفي العتق والاستيلاء الخلاف وقال المؤ يد بالله وأبو حنيفة أنهما ينفذان مطلقاً وقال الناصر[٤] موقوفان مطلقاً وقال أبو طالب إن كان في القيمة زيادة على الدين

---

(١) **قوله** : فلا وجه لتخصيص نقصان زيادة سعر المثلي ، أقول : هو كما قال ولم نجد لهم فرقاً الا قوله السعر غير مضمون وهو عين الدعوى .

(٢) **قوله** : له التصرف فيه ، أقول : في المنار وجهه انه ملكه ومقتضى الرهن الاستيثاق بالحبس فقط ولا دليل على غير ذلك وهو يلاقي مختار الشارح .

(٣) **قوله** : برهان ، أي على انتفاء الملزوم ، أقول : هذا يناقض ما قرره آنفاً من صحة رهن المزوجة والمؤجرة فتذكر .

(٤) **قوله** : وقال الناصر ، أقول : وهو قول عطاء وأحد أقوال الشافعي واختاره في المنار قائلاً ، ان

نفذا وإلا بقيا موقوفين على الايفاء ويتبع كل من النفوذ والوقف أحكامه من بقاء استحقاق المرتهن للحبس مع الوقف وعدم استحقاقه مع النفوذ وإن استحق على الراهن الموسر تعجيل الدين أو تنجيمه إن كان له كسب وإلا سعى العبد حيث لا مال ولا كسب للمالك بالأقل من قيمته أو الدين .

﴿ فصل ﴾

﴿و﴾ **اختلف في صحة تسليط الراهن** لمرتهن على بيع الرهن في وقت معين فالمذهب صحته ونفوذ بيع المرتهن له في ذلك الوقت بذلك التسليط خلافاً للشافعي ، لنا أن ذلك توكيل موقت وهو صحيح ، قالوا حديث لا يغلق الرهن بما فيه تقدم ، قلنا مع عدم التسليط ، قالوا تأويل يخالف سبب الحديث لأنهم كانوا يقولون إن لم آتك بدينك لكذا وإلا فالرهن لك بدينك فجاء الحديث لأبطال نفوذ ذلك ، قلنا لأنه بيع مشروط بمستقبل وهو فاسد بخلاف التوكيل ، ثم أحكام التسليط المقارن لعقد الرهن والواقع بعده مختلفة فانه ﴿ **إذا قارن التسليط العقد لم ينعزل** ﴾ الوكيل ﴿ **بالوفاء** ﴾ خلافاً للناصر والمؤيد وهو اختيار الأمام يحيى للمذهب وقول للشافعي بقاء على أصل[1] مقتضى الوكالة ، قلنا مقارنة العقد صيرته لازماً من جهة الراهن كلزوم الرهن بالقبض لأنه تعلق له بالبيع حق به دخل في عقد الرهن فلا ينعزل مع بقاء حقه كما لا ينعزل المضارب عن بيع سلع المضاربة وإن انعزل عن غيره ﴿ **وإلا** ﴾ يقارن التسليط العقد ﴿ **صح** ﴾ الانعزال ﴿ **بالموت أو اللفظ** ﴾ لأن صدوره بعد العقد محض توكيل ﴿و﴾ لو سلم الراهن بعد التسليط بعض الدين كان ﴿ **إيفاء البعض أمارة** ﴾ للعزل عن التسليط وليس بعزل صريح خلافاً لظاهر كلام الهادي لكن[2] يحمل كلام الهادي على أنه

= موضوع الرهن أن يستوفي منه عند التعذر فالظاهر عدم نفوذ العتق بل يقف على الايفاء وقوفاً حقيقياً بحيث يباع لتعذر الايفاء الا الوطء فانه تردد فيه قال لأنه يجوز العلوق فلا يمكن الاستيفاء عند تعذر الدين . واعلم أن الشارح لم يتكلم على الاستيلاد وقد أطال في بيان أحكامه في الغيث وفي مختصر شرح الازهار وكأن الشارح رآها أحكاماً لم تربط بأدلة .

(فصل) وإذا قارن التسليط .

(١) **قوله** : بناء على أصل مقتضى الوكالة ، أقول : ومقتضاها ان للموكل العزل متى شاء فيعزل المرتهن بالعزل أو الموت ولا ينحصر عزله في الايفاء فقط كما في الازهار واختار الشارح كلام الازهار .

(٢) **قوله** : لكن يحمل كلام الهادي على انه صريح عزل ، أقول : في الغيث ان الازهار للاخوين المؤيد

صريح عزل فيما تأخر التسليط عن العقد وإلا انتقض ما تقدم ﴿و﴾ وإذا عدل المتراهنان الرهن كانت ﴿ **يد العدل يد المرتهن** ﴾ بمعنى أنه يلزم المرتهن أحكام الرهن من الضمان وغيره ﴿ **غالباً** ﴾ احترازاً من تسليمه[١] الرهن إلى يد المرتهن فلا يجوز ﴿و﴾ الرهن ﴿ **إذا باعه** ﴾ من كان ﴿ **غير متعد** ﴾ ببيعه وهو المأذون[٢] منهما أو الحاكم وكان البيع ﴿ **للايفاء أو لرهن الثمن** ﴾ لأنه لو باعه غير المتعدي بالبيع لا لأحدهما لكان ذلك إخراجا له عن الرهنية ولا بد في بقاء الضمان على المرتهن من أن يباع ﴿ **وهو في غير يد الراهن** ﴾ لأنه اذ كان في يد الراهن ﴿ **فثمن وفاء** ﴾ إن[٣] بيع للايفاء ﴿ **أو رهن** ﴾ إن بيع للرهن لا ﴿ **مضمون** ﴾[٤] على

وأبي طالب ثم قال وقد حمل السيدان كلام الهادي على كلامهما واحتجا بأن الهادي قال في آخر المسألة ان سكت الراهن حين باعه صح البيع والا فلو كان منتقضاً بتوفير بعض الحق لما صح البيع لان السكوت لا يكون توكيلاً ولا اجازة لان من باع مال غيره مع سكوت مالكه لم يكن ذلك اجازة فلما حكم بصحة البيع دل على ان ايفاء البعض ليس بنقصه حقيقة . . والشارح حمل كلامه على ما تراه .

(١) **قوله** : من تسليم الرهن الى يد المرتهن ، أقول : أو الى يد الراهن قال في الغيث لا يسلم الرهن الى يد أحدهما الا برضى الآخر .

(٢) **قوله** : وهو المأذون منهما ، أقول : أو المنادي بأذنهما كما في الغيث وجعل هذه الثلاثة مما لا خلاف فيه قال أو الحاكم وفيه الخلاف الا انه قال ان المذهب انه اذا رفع المرتهن الرهين الى الحاكم كان للحاكم ان يبيع الرهن ويوفي دينه .

(٣) **قوله** : ان بيع للايفاء وقوله ، ان بيع للرهن ، أقول : يقتضي ان اعراب قوله في الازهار ايفاء ورهنا النصب لانه جعلهما مفعولين له ولو ثبت النصب رواية لكان حسنا الا انه يأباه الرسم في رهن وثمن فهما في الرواية خبر عن ثمنه واعلم ان الاثمار حول العبارة فقال ولو باعه المسلط ونحوه ولو للايفاء فهو الى تسليمه او عوضه مضمون لا رهن غالباً قال الوابل عدل عن عبارة الازهار لانها توهم ان ثمنه بعد البيع بالوفاء يكون وفاء سواء كان قد قبضه المرتهن اولا وسواء حصل الاقتضاء اولا ويوهمه ايضاً ان الثمن يكون رهنا مطلقاً سواء قبضه اولا وليس كذلك .

(٤) **قوله** : لا مضمون ، أقول : تصرف الشارح في عبارة المصنف على قاعدته فصير مضمون عطفاً على رهن او وفاء عطف نفي وقدر شرطاً لقوله قيمته هو قوله اذا كان في يد الراهن فلم يبق للشرط في قول المصنف واذا باعه جواب وفاتت فائدة الاخبار بان ثمن الرهن مضمون على المرتهن بقيد كونه في يد الراهن سواء بيع الرهن للايفاء او للرهن ، وهي المقصودة من السياق والشارح أفسد العبارة لفظاً ومعنى وقلب الافادة الى انه لا يضمن المرتهن الرهن اذا كان في يد الراهن وقد كانت هذه الافادة حاصلة من مفهوم التقييد بقوله وهي في غير يد الراهن لو ابقى العبارة على أصلها .

المرتهن لأن ضمانه مشروط ببقائه في يده ﴿و﴾ الرهن أيضاً بعد بيع غير المتعدي للايفاء أو لرهن الثمن و ﴿ هو قبل التسليم ﴾ إلى المشتري باقٍ على حكمه في أنه ﴿ مضمون ﴾ على المرتهن واحترز بقوله ﴿ غالبا ﴾ عما لو باعه المرتهن المسلط ثم فرط المشتري بعد قبض المبيع وقبل تسليم الثمن فان المرتهن لا يضمن حينئذٍ لأن المرتهن مأذون من جهة الراهن وفيه نظر[1] لأن إذنه بالبيع لا يستلزم إذنه بتسليم المبيع قبل تسليم الثمن فهو بتسلم المبيع قبل تسليم الثمن متعد لأنه أضاع حق الحبس للاستيفاء .

فصل

﴿ ولا يضمن المرتهن ﴾ مما جناه الرهن شيئاً خلافاً لأبي حنيفة ، لنا « وعليه غرمه » قالوا مجمل كما تقدم ، قلنا الأصل براءة المرتهن قالوا انتقلت بلزوم حفظه كما تقدم كالغصب[2] بجامع الضمان وإلا لم يكن لقوله ﴿ إلا جناية العقور ﴾ وجه .

قلت ولذلك منع بعض أهل المذهب ضمانة لجناية العقود أيضاً ، لكنه استثنى ما لو ارتهنه مع العلم بعقره لأنه حينئذٍ كالمتدرك بالحفظ وفيه نظر لأن معنى الحفظ حفظه من التلف

---

(١) **قوله** : وفيه نظر ، أقول : قد نظره الوابل وقال ان فرار المشتري لا تأثير له في ثبوت الضمان وعدمه ولا في ثبوت الرهن وعدمه لان الرهن قد خرج عن الرهنية بمجرد البيع مطلقاً ، وأما الضمان فان فر المشتري بالمبيع قبل ان يوفر الثمن فانه اذا باعه المرتهن ليكون ثمنه للايفاء أو للرهن أو لم يذكر حكمه كان الثمن مضموناً للراهن والرهن قد خرج عن الضمان وان باعه لينتفع الراهن بالثمن وسلمه المرتهن الى مشتريه قبل ان يقبض الثمن منه بأذن الراهن اولا وكانت العادة جارية بتسليم المبيع قبل قبض الثمن الى مثل هذا المشترى او كان المشتري هو البائع وكان تسليم المرتهن بأذن الراهن فلا ضمان عليه في ذلك ، فأما حيث فر المشتري قبل قبضه للبيع فان البائع يقبضه عن المشتري وان الحاكم يجبره على تسليم الثمن . وأطال النفس في ذلك بما أفاد ان مناقشة الشارح صحيحة على أصل المذهب اذا كانت العادة جارية بخلاف ذلك .

(فصل) ولا يضمن المرتهن .

(٢) **قوله** : كالغصب ، أقول : فان جنايته على الغاصب ولا يخفى بعد هذا القياس قيد الغاصب يد عدوان يناسبها تضمينه جناية ما غصب بخلاف يد المرتهن فهي بأذن الشارع والمالك واما جناية العقور فلزمت لأجل التفريط ، فالجناية كأنها من المرتهن فلا يتم قوله إنه لا وجه للزومها إذ لم يقل بلزوم مطلق الجناية .

لا حفظ ما أتلف وأما الاعتذار بأنه لا يضمن الا ﴿**إن فرط**﴾ فرجوع [١] إلى قول الفريقين أن الحفظ على المرتهن وإلا لناقض إيجابه على الراهن ولا يقال الواجب على الراهن إنما هو مؤ ن الحفظ لانفسه لأن ذلك وهم فاسد فأن الحفظ ليس إلا تحمل المؤ ن والمشاق المانعة عن ضرره وإضراره ﴿ **وإلا** ﴾ يفرط ﴿ **فعلى الراهن** ﴾ الضمان ﴿ **إن لم تهدر** ﴾ لكونه جناية من لا يضمن جنايته كما سيأتي في الجنايات إن شاء الله تعالى ، ﴿ **و** ﴾ جناية الرهن ﴿ **لا تخرجه عن صحة الرهنية والضمان** ﴾ لفائتة ﴿ **إلا أن** ﴾ يكون عبداً فيجنى جناية بحيث ﴿ **يجب** ﴾ فيها أحد أمرين ، إما ﴿ **القصاص** ﴾ إن كانت جراحة عمد ﴿ **أو التسليم** ﴾ لرقبة العبد وذلك حيث تكون الجناية جراحة خطأ أو على مال ويختار السيد تسليم رقبته بجنايته فانه ينفسخ الرهن حينئذٍ بشرط أن يستحق القصاص أو التسليم ﴿ **والمالك متمكن من الايفاء** ﴾ للدين ﴿ **أو الأبدال** ﴾ للرهن لأنه إذا كان غير متمكن من أحد الأمرين كان حق المرتهن أسبق من حق المجني عليه فيباع بالدين ويقال للمجني [٢] عليه ابتع العبد إلا أن هذا هوس لأن الحق المتقدم والمتأخر بعد تعلقهما سواء لأن التقدم إنما يعتبر فيما إذا منع المتأخر من التعلق كما في رهن المؤجر ونحو ذلك ، وأما على فرض صحة تعلقهما معاً فالتقدم والتأخر طرد في الفارق وإلا لكان تقدم حق الراهن للعبد فيه مانعاً من تعلق حق الجناية برقبته فالحق هو تقديم حق الجناية لأن لحق المرتهن بدلا وهو تسليم الدين ولا بدل لحق المجنى عليه عند اختيار المالك تسليم العبد بجنايته **اللهم** إلا أن يقال ليس له الاختيار لذلك لأنه ممنوع منه بحق المرتهن فيتعين عليه الأرش لا الرقبة ﴿ **وكذا** ﴾ لا يخرج الجاني عن صحة رهنه ﴿ **لو تقدمت** ﴾ أي وقعت منه الجناية قبل ﴿ **العقد** ﴾ للرهن لأن الأصل بقاء صحة تصرف

---

(١) **قوله** : فرجوع إلى قول الفريقين ، أقول : بل تخصيص بلزوم حفظ العقور لا غير إلا انه لا بد من دليل للتخصيص وقد أشرنا اليه آنفاً بأنه التفريط .

(٢) **قوله** : ويقال للمجني عليه ابتع العبد ، أقول : عللوا هذا بأنه يكون وفاء بالحقين سواء كانت الجناية توجب القصاص أو الأرش فأنهما يؤ جر ان حتى يستوفي المرتهن هذا هو المذهب وهو أن دين الجناية أقدم موسراً كان المولى او معسراً وعن المنتخب أن دين المرتهن أقدم موسراً كان المالك أم معسراً ، وقول الشارح أن تعلقهما سواء ،ان سلم قيل له فما المخلص فانه لا بد من العود إلى احد الأقوال ، وقلنا إن سلم له أي إن تعلقهما سواء وإلا فالتحقيق ان التعليق ليس سواء لأن حق المجني عليه متعلق بالرقبة وحق المرتهن ثابت في الذمة فلا يفوت بفوات العين فالحق هو تقديم حق الجناية لما ذكرناه وذكره آخراً .

المالك فيه جانياً أو غير جان لئلا يتوهم أن تقدم الجناية كتقدم الرهن في أن المتقدم منهما يمنع تعجيل المتأخر او يتوهم أن السيد إذا رهنه فقد اختار نقل دين الجناية إلى ذمته .

نعم يكون تعلق الجناية برقبة العبد عيباً إذا جهله المرتهن حال الرهن ثبت له الرد به ﴿ **و** ﴾ الرهن ﴿ **يخرجه عنهما** ﴾ أي عن الرهينة والضمان ﴿ **الفسخ** ﴾ للرهنية للواقع بين المتراهنين ﴿ **وسقوط الدين بأي وجه** ﴾ وقال أبو طالب الضمان باق بعد الأيفاء لا بعد الأبراء حتى يقبضه الراهن لأن الأيفاء إنما يسقط استحقاق الحبس والضمان مستصحب البقاء ، قلنا يلزم في الأبراء أو سقوطه فيه وفاق .

وأجيب بالفرق بأن الابراء كشف عن استحقاق قبض الدين فانعطف على عقد الرهن بالأبطال ﴿ **و** ﴾ يخرجه عنهما أيضاً ﴿ **زوال القبض** ﴾ من المرتهن للرهن الباقي لئلا يرد أن التلف مزيل للقبض وهو مخرج عن الرهنية مطلقاً سواء كان بفعله أو ﴿ **بغير فعله** ﴾ ولا يخرج عن الضمان .

وبالجملة لا تلازم بين انتفاء الرهنية وبين انتفاء الضمان لحصول انتفاء الرهنية بالتلف دون حصول انتفاء الضمان لأن وصف الرهنية اخص من وصف الضمان ، وانتفاء الأخص لا يوجب انتفاء الأعم وحينئذ يعلم أن لا مخصص لاستثناء المنقول بقوله ﴿ **إلا المنقول** ﴾ لأنه وغير المنقول سواء في أن زوال القبض إن كان بالتلف حساً أو حكماً كما يستولي عليه الكافر الحربي فقد خرج الرهن عن الرهنية وإن لم يخرج عن الضمان ، وإن لم يكن زوال القبض بالتلف [1] بل بالغصب ونحوه لم يخرج عنهما لأن حق المرتهن من الحبس كحق المالك من الملك لا يصلح الغصب سبباً لأبطالها ثم إخراج العبد الآبق عن الرهنية والضمان بالأباق كما أشار إليه بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ تخصيص [2] من دون مخصص قال « **ط و** » ما بطلت رهنيته بزوال القبض فأنها ﴿ **تعود إن عاد** ﴾ .

---

(١) **قوله** : بل بالغصب ونحوه ، أقول : قالوا الغصب في المنقولات بمنزلة الأتلاف ولهذا يسلم الغاصب القيمة من يوم النقل وإذا كان بمنزلة الأتلاف خرج عن الرهنية وإن لم يخرج من الضمان فيضمنه المرتهن ، فأن خروجه من يده بمنزلة تلفه تحت يده فيضمنه ضمان الرهن ويضمنه الغاصب ضمان الغصب وللمالك مطالبة أيهما شاء وللمرتهن مطالبة الغاصب أيضاً إذ لم يبطل حقه بيد الغصب .

(٢) **قوله** : تخصيص من دون مخصص ، أقول قد ذكر مؤلف الأثمار أن العبد أيضاً كالمنقولات في عدم خروجه عن الرهنية والضمان ، وأما المصنف فعلل إخراجه من المنقول بقوله دائماً لم يضمن العبد

قلت [١] إلا ما مالكه الكافر الحربي بالاستيلاء لانقطاع ملك الراهن به فانقطاع حق المرتهن أولى وأما اختصاص المالك به إذا عاد فأنما هو تجدد ملك لا على القول بأن الكافر لا يملك ما استولى عليه من مال المسلم على [٢] أن ذلك أيضاً لا يتمشى على المذهب في كون استمرار القبض شرطاً للراهن لأن انتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فتجدده مفتقر إلى مجدد وإلا لزم قول المنتخب والأمام يحيى والشافعي أن استمرار القبض ليس شرطاً فلا يصح الحكم بكون زوال القبض مخرجاً عن الرهنية كما حققناه آنفاً ﴿ و ﴾ أيضاً لا يصح [٣] القول بأن المرتهن ﴿ **لا يطالب قبله** ﴾ أي قبل العود ﴿ **الراهن** ﴾ بالدين لأن زوال القبض إذا اخرجه عن الرهنية والضمان كان له المطالبة بتسليم الدين وإبدال الرهن ﴿ **و** ﴾ ويخرج الرهن عن الرهنية والضمان ﴿ **بمجرد الأبدال** ﴾ له برضى المرتهن ﴿ **عند م بالله** ﴾ [٤] رضي المرتهن فسخ [٥] لرهنية المبدل وقال أبو طالب يستصحب على المبدل حكم الرهن حتى

= بالأباق لأنه زال القبض بغير فعل المرتهن ولا ضمان لقيمته على أحد فلم يكن كتلفه تحت يده بخلاف ما لو غصب العبد غاصب فانه كتلفه في يد المرتهن اهـ .

(١) **قوله** : قلت إلا ما ملك الكافر الحربي ، أقول : في الغيث ، واعلم أن هذا يريد العود رهناً إنما يكون حيث لا يبطل الرهن فأما حيث يبطل وذلك حيث يستولي عليه الكفار أو يخربه العدو حتى بطل نفعه فأنه قد بطل الرهن .

(٢) **قوله** : على أن ذلك لا يتمشى على المذهب ، أقول : حذف الأثمار هذه الجملة المنسوبة إلى أبي طالب قال الوابل إنما حذفها اختياراً منه أن الرهن لا يعود بعد بطلانه إلا بتجديد .

(٣) **قوله** : وأيضاً لا يصح ، أقول : هذا أيضاً حذفه الأثمار قال النجري في شرحه أي قبل يعود المرهون إلى يده حيث زال القبض بأي الوجوه فان أيِسَ من عوده قال عليه السلام في شرحه كان كتلفه تحت يده وقد مر حكمه ولعل هذا منه سهو لأن فيه مصادمة لما تقدم في تفسير الكتاب الصريح وهو أنه إذا زال القبض فقد خرج عن الرهنية والضمان فإذا تلف بعد ذلك لم يضمن وكذا إذا أيس من عوده لأنه كتلفه كما ذكر فلا وجه لما ذكره .

(٤) **قوله** : عند المؤيد بالله ، أقول : في الغيث أنه عائد إلى الثلاث المسائل قال الوابل وذلك لا يصح لأنه يخالف في زوال القبض قال في شرح النجري والداعي للأمام إلى رده إلى الثلاثة الأوجه قوله وبسقوط الدين بأي وجه والأباق خلاف ذلك .

(٥) **قوله** : فسخ الرهنية المبدل ، أقول : قد حذف هذا الأثمار استغناء عنه بقوله ويخرجه عنهما كما أشار إليه الشارح .

يقبضه الراهن ولكنه لا يتمشى إلا على أصل الحنفية أن ضمان الرهن لا يرتفع إلا بارتفاع يد المرتهن الحسية والحكمية عنه وإنما يرتفع كذلك بقبض المالك وهو يقتضي أن لا ترتفع الرهنية بالتفاسخ كما قيل ، وهذا القول مبني على استصحاب حكم الرهنية حتى يقتضيه المالك ﴿ و ﴾ يخرج الرهن ﴿ **عن الرهنية فقط** ﴾ أي دون الرهنية ﴿ **بمصيره إلى الراهن غصباً أو أمانة** ﴾ إلا أن هذا ينافي ما تقدم من أن إذن المرتهن بقبض الراهن له لا يرفع يد المرتهن وانما [١] يتمشى على كون استمرار القبض شرطاً وإن كان ذلك يوجب الخروج عن الرهنية والضمان معاً .

وبالجملة كلام أهل المذهب في هذه المقامات بمكانة من الخبط ﴿ **أو** ﴾ يخرج عن الضمان فقط بكون الراهن ﴿ **أتلفه و** ﴾ لكن بقي خروجه عن الرهنية مجاز عن كونه يجب ﴿ **عليه عوضه** ﴾ وإلا فلا يخفى أن الحكم بالرهنية على تالف ظاهر الفساد إلا أن هذا يستلزم صحة قياس المبيع على الرهن في وجوب إبدال البائع له إذا أتلفه ﴿ **لا** ﴾ انه يلزمه بأتلافه ﴿ **تعجيل** ﴾ الدين ﴿ **المؤجل و** ﴾ الرهن ﴿ **هو جائز** ﴾ أي ليس بلازم بقاؤه ﴿ **من جهة المرتهن** ﴾ بل له إسقاط ما يستحقه من حبسه قال المصنف لأن له ان يسقط حقه .

وأقول التزامه لضمانه حق للراهن فليس له التبرؤ منه كالكفالة ﴿ **و** ﴾ إلا لزم أن لا ﴿ **يصح الزيادة فيه** ﴾ لأن [٢] معنى صحتها لزومها من جهة الراهن وهو إنما دخل فيها على الجواز إذ لا يجب عليه بعد انعقاد الرهن والتراضي بكفاية المزيد عليه ولا للمرتهن طلبها بعد ذلك كما ليس له طلب تعجيل المؤجل ﴿ **و** ﴾ أما الزيادة ﴿ **فيما** ﴾ أي في دين ﴿ **هو** ﴾ أي الرهن ﴿ **فيه** ﴾ فلا شبهة في صحة ذلك بمعنى أن المرتهن يستحق قبض ذلك الرهن في الزيادة والمزيد عليه ولو قال على ما هو فيه لكان أولى ، لأن الزيادة إنما هي عليه لا فيه كما لا يخفى ﴿ **و** ﴾ إذا اختلف المتراهنان كان ﴿ **القول للراهن في قدر الدين** ﴾ لأن الغالب أنه يدعي الاقل والأصل عدم الزيادة كما تقدم ﴿ **و** ﴾ كذا في ﴿ **نفيه** ﴾ أي نفي تعلقه به

---

(١) **قوله** : وإنما يتمشى الخ ، أقول : تقدم للشارح أن ضمان الرهن مشروط ببقائه في يده وهو قياس وصفه بالقبض في الآية .

(٢) **قوله** : لأن معنى صحتها لزومها ، أقول : الظاهر انه ليس معنى صحتها إلا أنها لا تبطل الرهن ولا يحدث بسببها شيء يختل به لا انها تلزم الراهن وإلا لقال وتجب الزيادة فيه .

بالأصالة ﴿ **وفي الرهنية** ﴾ لكن الفرض أن الخلاف بين المتراهنين ومع [1] انتفاء الدين والرهنية لا يكون مما نحن فيه ﴿ **و** ﴾ كذا القول للراهن ﴿ **في نفي القبض** ﴾ أي قبض المرتهن له ﴿ **والاقباض** ﴾ أي تسليمه الرهن إلى المرتهن ليقبضه رهناً هذا ﴿ **حيث هو في يده** ﴾ أما لو تنازعا وقد صار في يد من له الدين كان القول قوله في دعوى القبض والأقباض لأن المفروض تصادقهما على عقد الرهن ، وإنما اختلفا في الأقباض فالراهن يدعي [2] فساد العقد بنفي القبض بالأذن وقد عرفناك ما في اشتراط القبض من خلل ، وإنما كان القول قول الراهن في نفي الأقباض لأنه الأصل اما على ما قدمنا لك من أن القبض بالأذن ليس بشرط فلا ثمرة لهذا الاختلاف في وقوعه او نفيه ﴿ **و** ﴾ القول للراهن أيضاً في نفي ﴿ **العيب و** ﴾ نفي ﴿ **الرد** ﴾ للرهن إليه ﴿ **و** ﴾ في نفي أن ما رده المرتهن هو ﴿ **العين** ﴾ المرهونة ولا وجه لقوله ﴿ **غالباً** ﴾ لأنه فسره بما لو قال الراهن هذا رهني فلم يصادقه المرتهن وذلك ليس من نفي العين ، بل من تعيينها على المرتهن ، وإنما يكون القول قول الراهن في الرد والعين ﴿ **ما لم يكن المرتهن قد استوفى** ﴾ ، أما لو كان قد استوفى فقد صار أميناً يقبل قوله بناء على عدم استصحاب الضمانة قبل قبض الراهن وعدم استصحابها باطل لأنه في يد المرتهن كالمبيع في يد البائع بعد استيفائه للثمن فيتلف من ماله ﴿ **و** ﴾ كذا القول قول الراهن في نفي ﴿ **رجوع المرتهن** ﴾ إذا ادعى أنه رجع ﴿ **عن الأذن** ﴾ للراهن ﴿ **بالبيع** ﴾ وكانت الدعوى بعد البيع ﴿ **و** ﴾ إذا ادعى المرتهن أن الرهن قد تلف فالقول للراهن ، ﴿ **في بقائه** ﴾ واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو ادعى ورثة المرتهن تلفه قبل موت المرتهن فان [3] ذلك بمنزلة إنكارهم

---

(١) **قوله** : ومع انتفاء الدين والرهنية لا تكون مما نحن فيه ، أقول : هو كما قال في الدين لأنه إذا لم يقر بدين أصلاً فلا رهنية وقد حذف الأثمار والفتح لفظ «وفي نفيه» وبقيا «ونفي الرهنية» ومثلاه بما لو قال عندك لي كذا . فهذا رهن فيه قال دينك ثابت عندي وليس هذا رهناً فالقول قوله في نفي الرهنية .

(٢) **قوله** : يدعي فساد العقد ، أقول : يعني والأصل الصحة والأثمار حذف قيد حيث هو في يده قال شارحه اختار مذهب أبي طالب أن الأبراء يخرج الرهن عن الرهنية والضمان بخلاف الاستيفاء والأزهار بناه على مذهب المؤيد .

(٣) **قوله** : فأن ذلك بمنزلة إنكارهم قبضه ، أقول : قالوا لو أقروا بقبضه وادعوا تلفه بينوا هكذا وهو المخالف لما تقدم في ورثة المضارب وقد ذكروا الفرق بأن الوارث هنا حيث ادعى تلف الرهن مع مورثه غير مدع لسقوط الضمان من التركة ، بل هو مقرر للضمان فيها ، والأصل عدم مصيره إليه فهو غير مرتهن هنا فأشبه الأمين بخلاف حيث ادعى تلفه بعد ، قالوا والمرتهن لا يقبل قوله في تلف الرهن ،

قبضه فالقول قولهم فيه ﴿ و ﴾ إذا ادعى المرتهن أن التسليط مطلق وقال الراهن هو مقيد بأي قيد كان القول ﴿ **للمرتهن في إطلاق التسليط** ﴾ لأن التقييد زيادة والأصل عدمها ﴿ و ﴾ كذا إذا تصادقا على أمره ببيع الرهن لكن ادعى الراهن انه قيد الثمن بقدر معلوم كان القول قول المرتهن في اطلاق ﴿ **الثمن** ﴾ عن التقييد ﴿ و ﴾ أما قوله أن القول قول المرتهن في ﴿ **توفيته** ﴾ أي التسليط فكان حق العبارة في قدر الوقت لأن الكلام فيما إذا تنازعا في قدر[1] الوقت ﴿ و ﴾ كذا القول قول المرتهن في ﴿ **قدر القيمة و** ﴾ قدر ﴿ **الأجل** ﴾ لأن الغالب انه يدعى الأقل ﴿ و ﴾ كذا لو كان عند المرتهن وديعة ورهن فتلف أحدهما فأدعى المرتهن ان التالف هو الوديعة لئلا يضمن ، وقال الراهن التالف هو الرهن كان القول قول المرتهن ﴿ **في أن الباقي** ﴾ هو ﴿ **الرهن** ﴾ والتالف هو الوديعة ﴿ و ﴾ مثله لو كان على الراهن دينان للمرتهن ، أحدهما فيه رهن أو ضمين والآخر لا رهن فيه ولا ضمين فدفع المدين أحد الدينين ثم اختلف ﴿ **بعد الدفع** ﴾ كان القول قول المرتهن ﴿ **في أن ما قبضه ليس عما فيه الرهن او الضمين** ﴾ بناء على أن الأصل عدم ارتفاع الرهنية أو الضمانة ﴿ و ﴾ القول قول المرتهن في ﴿ **تقدم العيب** ﴾ على قبضه للرهن لأن الأصل بقاء الدين والحكم بتأخير العيب مسقط له أو بعضه فيستصحب بقاؤه حتى يصح مسقطه ولا يقال الأصل عدم تقدير العيب أيضاً لأن ذلك ممنوع فأن الأصول إنما هي الظواهر ولا ظهور لتأخره وفرق بين ظهور العين وظهور تأخره واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو قامت قرينة على تأخر العيب فأن ذلك يستلزم ظهور التأخر فيكون أصلا ﴿ و ﴾ ، أما ان القول قول المرتهن في دعوى ﴿ **فساد العقد** ﴾ لئلا يكون الرهن مضموناً عليه وكانت دعواه ﴿ **مع بقاء الوجه** ﴾ المقتضى للفساد ﴿ **كرهنيته خمرا** ﴾ وقال الراهن بل عصيراً لم يختمر وكان أيضاً الاختلاف بينهما ﴿ **وهي** ﴾ أي الخمر ﴿ **باقية** ﴾ على الاختمار فذلك كدعوى تقدم العين سواء فلا نكرر الكلام فيه .

= وأما وارث المضارب حيث ادعى تلفه فهو أمين يقبل قوله كالمضارب نفسه ، وأما حيث ادعى تلفه مع مورثه فهو مدع سقوط الضمان من التركة والأصل لزومه فافترقا كذا قيل ذكره ابن بهران في شرحه .

(١) **قوله** : في قدر الوقت ، أقول : هو كما قال الشارح وقد مثله في الغيث بأنهما إذا اتفقا على ان التسليط موقت لكن قال الراهن أذنت لك ببيعه بعد شهرين من يوم كذا ، وقال المرتهن بعد شهر فالقول قول المرتهن اهـ قلت لك أن تصلح العبارة بتقدير مضاق أي قدر توقيته وقرينة التقدير واضحة .



كتاب العارية(١)

﴿ هي إباحة ﴾ مالك العين لغيره استهلاك ﴿ المنافع ﴾ التي فيها ، وقال أكثر الحنفية وبعض الشافعية بل هي تمليك المنافع ، قلنا لو كانت تمليكاً لجاز تأجيرها كالمؤجرة ولا يجوز اتفاقاً .

وأجيب بمنع(٢) الملازمة مسنداً بالنكاح وتحقيقه أن وجود المقتضى لا يستلزم انتفاء المانع والاتفاق على صحة عارية الدراهم مع جواز استهلاكها فتكون قرضاً ، قلنا عدم حصول الانتفاع إلا باستهلاك العين استلزم التضمين وهو تبع للمنفعة في الحقيقة كالأجارة والنزاع في غير المضمنة التي هي أصل العارية ، قالوا غاية ما يلزم أن يكون التمليك علة منقوضة ونقض العلة ليس(٣) قادحاً كما لا يقدح نقضها في النكاح على أن الانتفاع إنما يقيد بالعادة عند إطلاق

---

(١) **كتاب العارية . أقول : في القاموس مشددة ومخففة اعاره الشيء واعاره منه وعاوره اياه وتعور واستعار طلبها واستعاره منه طلب منه اعارته وفي البحر مثله وقال ان حديث العارية مردودة مشددة وما في يده عارية مخففة وكأنه صح له سماع ذلك كذلك والا فهما بهما والعارية فعيلة من المعاورة وهي الاستعارة ولذا يقال تعاورنا العواري . وقول الجوهري انها من العار لان دفعها يورث المذمة والعار . قال الخضري لا يصح من حيث الاشتقاق فان العارية من الواوي بدلالة تعاورنا والعار من اليائي لقولهم عيرته بكذا من التعريفات .**

(٢) **قوله** : بمنع الملازمة بين الملك وجواز التأجير ، أقول : سنده النكاح فانه ملك منافع مع جواز التأجير لما يملكه الزوج من المنافع فقد وجد المقتضى أي لجواز التأجير وهو الملك لكنه لا يلزم منه انتفاء مانع التأجير كما هنا الا انه يقال المانع في النكاح ظاهر وهو الدليل الشرعي القائم على منع ذلك وأما في الاجارة فمن قال هي تمليك قال بجواز اعارتها وكان القياس جواز التأجير لكن لعله منع عنه الاجماع على عدم جوازه وأما قوله والاتفاق على جواز عارية الدراهم فلا يخفى انه غير محل النزاع فان غايته ان لفظ العارية فيها تاب عن لفظ القرض اذ هو في معناه .

(٣) **قوله** : ليس قادحاً ، أقول : فغايته صار الخلاف لفظياً حيث اتفق انه لا تأجير للعين المعارة بالنظر الى التمليك وان كان المخالف يجيز العارية لها .

العارية وذلك[١] هو المانع فلو صرح بأباحة التأجير لصح فاذاً ليس بين الأباحة وعدم صحة التأجير ملازمة ﴿و إنما تصح﴾ إباحة المنافع ﴿من مالكها﴾ حال كونه ﴿ مكلفاً[٢] مطلق التصرف ﴾ غير محجور ﴿ ومنه ﴾ أي من ملك المنافع ملك ﴿ المستأجر ﴾ لمنفعة العين المستأجرة لما علمت من صحة تأجيره لمثل وبمثل كما تقدم ﴿و﴾ كذا ﴿ الموصى له ﴾ بالمنافع ولا حاجة إلى قوله ﴿ والمستعير ﴾ لأنه قد خرج من قوله مالكها إذ ليس بمالك للمنفعة كما عرفت ولا بد من أن تكون المنفعة ﴿ فيما يصح ﴾ للمستعير ﴿ الانتفاع به ﴾ والمراد بالصحة الصحة العقلية[٣] التي هي الامكان لا الصحة الشرعية التي معناها الجواز فانه يصح عارية آنية الذهب لاستعمالها مع جوازه فلو قال وفيما ينتفع به في المقصود لكان أولى ولا بد أن يحصل الانتفاع به ﴿ مع بقاء عينه وإلا ﴾ يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ﴿ فقرض ﴾ كعارية الدراهم ليقضي بها الدين ولا وجه لتسمية مثل ذلك عارية ثم لا حاجة الى قوله ﴿ غالباً ﴾ لأنه احترز به عما لو استعار الدراهم للتجمل بها وذلك الانتفاع[٤] مع بقاء العين ﴿و﴾ لا بد أيضاً من كون الانتفاع به مع بقاء ﴿ نماء أصله وإلا فعمري ﴾ كما لو أعار الشاة ليحتلبها والشجرة ليستثمرها كما سيأتي في باب العمري إن شاء الله تعالى ﴿و﴾ العارية ﴿ هي كالوديعة ﴾ في أحكامها الآتية إن شاء الله ﴿ إلا ﴾ أنها تخالفها في أن المستعير يلزمه ﴿ ضمان ما ضمن ﴾ بخلاف الوديع ، وقال ابن عباس وأبو هريرة وعطاء والشافعي وأحمد

---

(١) قوله : وذلك هو المانع ، أقول : فليكن هذا هو مستند الاجماع على انها لا تؤجر العين المعارة .

(٢) قال : مكلفاً ، أقول : حذفه الاثمار ، قال الوابل لدخول معناه في قوله «مطلق التصرف» اذ الصبي والمجنون غير مطلق التصرف .

(٣) قوله : الصحة العقلية ، أقول : عدل الاثمار الى قوله جائز الانتفاع به قال الوابل لا لو كان مما لا يجوز الانتفاع به كالحمار المكسور والعبد الصغير ولا ما منفعته محظورة كعارية الأمة للوطء قلت ومنه آنية الذهب والفضة لاستعمالها كما قال الشارح فقوله مما ينتفع أي يجوز به الانتفاع ولعله قد تقدم لك في كلامنا انه لا يحرم الا الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة لا مطلق استعمالها كما هنا ويأتي .

(٤) قوله : وذلك انتفاع مع بقاء العين ، أقول : يريد أنه داخل في المنطوق فلا يحترز عنه وقد تنبه لهذا الاثمار وشراحه وفسروا غالباً بما اذا نقصت عين المعار بمجرد الاستعمال فان ذلك لا يمنع صحة عاريته وان نقصت بذلك عينه كما كانت عليه ولا تنقلب عاريته قرضاً ولا يضمن المستعير ما نقص بالاستعمال فيما استعيرت له .

واسحق بل يضمن مطلقاً ضمن أو لم يضمن وقال البصري والنخعي والأوزاعي وشريح وأبو حنيفة وأصحابه لا يضمن بتضمين ولا غيره لنا على الأولين حديث « ليس على المستعير غير المغل ضمان » قالوا أصل له[١] قلنا الأصل فيما أخذ برضى مالكه البراءة عن ضمانه كالوديعة والهبة قالوا ارتفعت البراءة بحديث « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » أحمد والنسائي والترمذي وأبو داود وابن ماجه والحاكم من حديث سمرة قلنا من رواية الحسن ، وقد قال في العارية هو أمينك لا ضمان عليه قالوا[٢] نسي قلنا بل رجع ولو سلم عدم جدوى رجوعه فإنما يدل على[٣] وجوب تأدية غير التالف والضمان عبارة عن غرامة التآلف قالوا أخرج الترمذي والطبراني في الأوسط أن أهل بيت **محمد صلى الله عليه وآله وسلم** استعاروا قصعة فضاعت فضمنها النبي صلى الله عليه وآله وسلم لأهلها قلنا من حديث سويد بن عبد العزيز وهو ضعيف ولو سلم ففعل « لا يستلزم أكثر من التكرم[٤] لا الوجوب وعلى الآخرين حديث أن النبي صلى الله عليه

---

(١) **قوله** : لا أصل له ، أقول : أخرجه الدار قطني والبيهقي عن ابن عمر وضعفاه وصححا وقفه على شريح ، والمغل بضم الميم والغين المعجمة الخائن اي اذا لم يخن في العارية والوديعة فلا ضمان عليه قاله في النهاية .

(٢) **قوله** : قالوا نسي قلنا بل رجع ، أقول : غايته خالف رأيه روايته والعمل بما رواه لا بما رآه سواء نسي او رجع ولا يقال رجع بمجرد فتواه وكأنه لهذا بادر الى التسليم .

(٣) **قوله** : فانما يدل على وجوب تأدية غير التالف ، أقول : مثله في المنار ولفظه «يحتجون في مواضع بهذا الحديث على التضمين ولا أراه صريحاً لان اليد الأمينة ايضاً عليها ما أخذت حتى تؤدي والا فليست بأمينة انما كلامنا هل يضمنها لو تلفت بغير جناية وليس الفرق بين المضمون وغير المضمون الا هذا فعلى هذا لم ينس الحسن كما زعم قتادة حيث قال هو أمينك لا ضمان عليه» أ. هـ. قلت ولك ان تقول لم ينس وانما خصص الخبر، قلت وفي شرح السنن للخطابي عند الكلام على هذا الحديث فيه دليل على ان العارية مضمونة وذلك ان «على» كلمة الزام فإذا جعلت اليد آخذة صار الاداء لازماً لها والاداء قد يتضمن العين أ. هـ. اذا كانت موجودة والقيمة اذا صارت مستهلكة ولعله أملك بالقيمة منه بالعين وهو تأييد منه لمذهب الشافعي والأظهر مع من قال انه لا دلالة فيه على الضمان لأن المراد حتى تؤدي حذف العائد الى ما أي يؤدي الذي أخذت وهو ظاهر في تأدية عينها لا قيمتها.

(٤) **قوله** : لا الوجوب ، أقول : وفي البحر تأوله بأن القصعة لعلها ذهبت بتفريطها قال عليه المنار ليس فيه دلالة على انه صلى الله عليه وآله وسلم فعل ذلك على جهة اللزوم للمستعير بل من مكارم الاخلاف ولا شك في حسن مثله ولا حاجة الى تأويل المصنف .

وآله وسلم استعار من صفوان ابن أمية أدراعا(*) فقال « أغصباً يا محمد فقال بل عارية مضمونة »[١] ، أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم من حديث صفوان نفسه قالوا وعند الحاكم من حديث ابن عباس وجابر بلفظ بل « عارية مؤداة » فالمراد[٢] بالضمان التأدية ، قوله أغصباً ، ولا نزاع في التأدية للعين ، إنما النزاع في لزوم بدلها عند التلف .

قلنا عند أحمد وأبي داود والنسائي أن دروع صفوان جمعت بعد الوقعة ففقد منها أدرعا فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم « فهل نغرم لك فقال لا يا رسول الله إن في قلبي الآن ما لم يكن يومئذٍ يعني يوم أعرتك » قالوا أعل ابن القطان وابن حزم طرق هذا الحديث كلها ، قال ابن حزم وأحسنها طريق أبي داود عن آل صفوان وليس فيها إلا قوله بل عارية بلا زيادة[٣] مضمونة قلنا لو سلم فشارط الضمان[٤] على نفسه زعيم يدخل في حديث

(١) **قوله** : وليس فيه «مضمونة» ، أقول : بل ساق أبو داود الرواية بلفظ بل عارية مضمونة قال الخطابي وهو يؤكد ضمان العارية وفي قوله بل عارية مضمونة بيان ضمان قيمتها اذا تلفت لان الاعيان لا تضمن ومن تأوله على انها تؤدي ما دامت باقية فقد ذهب عن فائدة الحديث قال وقد قال قوم اذا اشترط ضمانه صارت مضمونة وان لم يشترط لم يضمن وهذا القول غير مطابق لمذهب الاصول والشيء اذا كان حكمه في الاصل غير الامانة فأن الشرط لا يغيره عن حكم أصله الا ترى ان الوديعة لما كانت أمانة كان شرط الضمان فيها غير مخرج لها عن حكم أصلها وانما كان ذكر حكم الضمان في حديث صفوان لانه كان حديث عهد بالاسلام جاهلاً أحكام الدين فاعلمه صلى الله عليه وآله وسلم ان من حكم الاسلام ان العواري مضمونة ليقع له الوثيقة بانها مردودة عليه غير ممنوعة عنه بحال . نعم الرواية التي عول عليها الشارح في السنن أيضاً مطلقة عن ذكر الضمان الا انها تقيد بالرواية الأولى التي شرحها الخطابي .

(٢) **قوله** : فالمراد بالضمان التأدية ، أقول : قد عرفت من كلام الخطابي ان الاداء قد يتضمن العين اذا كانت موجودة والقيمة اذا صارت مستهلكة بل قال لعله املك بالقيمة منه بالعين . الا انها دعوى تحتاج الى البينة اذ الظاهر بالتأدية تأدية العين .

(٣) **قوله** : بلا زيادة مضمونة ، أقول : فليحمل على المقيدة حيث حديث التقييد غير ساقط عن درجة القبول الا ان يقال بلغ به الاعلال الى خروجه عن القبول ولا يعرف الا بنص على العلة ولم يأت بها نص بل الذي في التلخيص بلفظ وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث . فلم يذكر العلة ابن حزم ولا ابن القطان ولا يرى انه يكتفي بمطلق قوله وهو هكذا في التلخيص والشارح ينقل منه ولا يخفى ان هذا تقليد محض لابن حزم وابن القطان في مجرد الاعلال ، لا ينبغي للمجتهد الرجوع اليه بمجرده اذ هو كالجرح المطلق .

(٤) **قوله** : فشارط الضمان على نفسه زعيم ، أقول : قد عرفت من كلام الخطابي ما فيه من النقض =

(*) فرّق في القاموس بين درع المرأة ودرع الحديد في المصور فدراع جمع للدرع وهو القميص الذي تلبسه المرأة وهو مذكر وادرع ودروع للقميص من زَرَدِ الحديد وهو مؤنث وقد يذكر.

« الزعيم غارم » عند أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي من حديث أبي أمامة مرفوعاً بلفظ « العارية مؤداة والدين مقضى والزعيم غارم » ، وصححه ابن حبان وله شواهد عند ابن ماجه والطبراني من حديث أنس وعند ابن عدي من حديث ابن عباس وعند الخطيب عن رجل مبهم ، وإذا شرط المعير التضمين ضمن المستعير ﴿ **وإن جهله** ﴾ بأن يبعث رسولاً[1] للعارية ثم لا يخبر المستعير بالتضمين إلا أن في ذلك نظراً لأن ذلك من الكفالة ولا تثبت إلا بالتزامها لا بإلزامها ﴿**و**﴾ العارية تخالف الوديعة في ﴿ **وجوب الرد** ﴾ إلى موضع القبض وتقدم تحقيقه في القرض فلا نكرره ﴿**و**﴾ يكفي ردها ﴿ **مع معتاد وإلى معتاد** ﴾ بمعنى أنه لا يشترط أن يردها المستعير بنفسه أو الى نفس المستعير بل ولو مع خادم المستعير الى خادم المعير ﴿**و**﴾ كذا رد العين ﴿ **المؤجرة واللقطة** ﴾ إلا أن هذا لا حاصل له لأنه[2] إن أريد أن البعث بها مع معتاد يسقط به ضمانها لو تلفت قبل أن يقبضها المعير أو من يَدُهُ يَدُهُ فظاهر المنع ومستلزم أن لا يكون مضمونه وإن أريد أن البعث بها مع المعتاد جائز ﴿**لا الغصب والوديعة** ﴾ فلا يجوز البعث بهما مع معتاد ولا تسليمهما إلى معتاد فمما لا دليل عليه .

= بالوديعة وكان قياس اجراء الحديث على عمومه وتضمين الوديع ان شرط ذلك او عدم تضمين المستعير ولو شرط الا ان يقال خص المستعير حديث «عارية مضمونة» لكن الشارح منع قبول «مضمونة» الا انه هنا قد أستدل بحديث الزعيم وهو الكفيل غارم أي ضامن لكن للمانع أن يقول المراد من ضمنه الشارع لا من ضمن ما لا يضمن كما سلف عن الخطابي فالمسألة محل وقف .

(١) **قوله** : رسولاً الخ ، أقول : أي ويشرط المعير الضمان على لسان الرسول ثم لا يخبر به وكأنه اكتفى بفهم ذلك من السياق .

(٢) **قوله** : ان أراد ان البعث مع معتاد يسقط ضمانها ، أقول : هذا مراده ففي الغيث ولا يجب عليه ردها بنفسه ولا الى مالكها بل لوردها على يد غلام الى من قد جرت العادة بردها اليه كأمرأة المعير أو ولده صح الرد وبرىء هكذا ذكره أصحابنا ، قالوا فأن ردها مع أجنبي فتلف ضمنها واليه ذهب المؤيد قال لان يد الأجنبي لا تجري مجرى يد المالك في العادة وأشبهت الوديعة اذا سلمها مع الاجنبي . فهذا ظاهر في سقوط الضمان لو تلفت مع معتاد ، وقول الشارح انه ظاهر المنع ومستلزم عدم ضمانها حاصله المطالبة بالدليل وقد استدلوا بجرى العادة بذلك فصار عرفاً يخص به عموم «على اليد ما أخذت حتى تؤ دي» اذ تبين به ان التأدية مراد بها العرفية الشاملة الى يد المعتاد والظاهر ان هذا عرف قديم من عصره صلى الله عليه وآله وسلم في رد الماعون ونحوه من المعارات على يد الخدم والصبيان ومن تتبع السنة وجد ذلك كما كانت تبعث أم سلمة مع ولدها انس بالحاجة الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهو =

﴿ فصـل ﴾

﴿و﴾ قد عرفت أن من أحكامها أنها ﴿ **تضمن بالتضمين** ﴾ فلا نكرر تحقيق ذلك ﴿و﴾ مثل التضمين ﴿ **التفريط** ﴾ في غير المضمنة ﴿ **والتعدي في المدة** ﴾ المضروبة للعارية ولو قال التعدي للمدة ليكون اللام للتقوية لأن الظرفية لا معنى لها هنا ﴿و﴾ كذا التعدي في ﴿ **الحفظ والاستعمال** ﴾ المأذون له فيه ﴿ **وإن زال** ﴾ التعدي فإن زواله لا يرفع الضمان لأنها انقلبت بعده غصباً ﴿**لا**﴾ أنه يضمن ﴿ **ما ينقص بالانتفاع** ﴾ وإن ضمن كما تقدم في العين المؤجرة ﴿و﴾ من أحكامها أنه ﴿ **يصح**[1] **الرجوع فيها مطلقاً** ﴾ مؤقتة كانت أو مطلقة لما عرفت من أنها إباحة منافع فيصح الرجوع في غير التآلف كما سيأتي في الهبة إن شاء الله تعالى ﴿و﴾ لكن يجب ﴿ **على الراجح في المطلقة والموقتة** ﴾ إذا رجع ﴿ **قبل انقضاء الوقت** ﴾ وقد غرس المستعير أو بنى في الموضع المعار كان عليه ﴿ **للمستعير**

= صبي وان كان هذا ليس من العارية لكنه يؤنس ان العرف واحد ، وكما تعارف الناس بأرسال الصبيان الذين يستخدمونهم ويسمون دوادرة لذلك من الاعيان وغيرها وهذا بخلاف العين المغصوبة فانه لا يعهد ردها مع الخدم والاولاد وذلك لقلة الغصب بالنسبة الى العارية والاجارة فلا يتحقق فيها عرف بخلاف الاعيان المعارة والمستأجرة فالعرف متحقق فيهما وهذا ناهض على الدعوى وقائم بالتفرقة بين الغصب والعارية ، وأما الوديعة فالاصل انها لا تؤدي الا عند طلب المودع لها من الوديع الا انه يبعثها الوديع والطالب لها قد تقبضها بنفسه ومن يقوم مقام نفسه فيثبت على ذلك الاصل لم يغلب عليها عرف .

(فصل) وتضمن بالتضمين .

(١) قال : ويصح الرجوع فيها مطلقاً أقول : قد جعلوا من أقسام العارية ما هو واجب الاعارة وكان يحسن الاحتراز عما يجب قبل تمام الانتفاع به الا ان يقال جواز الرجوع لا ينافي وجوب العارية غايته ان يكون بالرجوع قبل تمام الانتفاع آثما وفيه بعد ولم أجد من قيد للجواز بهذا .

قال : ويصح الرجوع فيها مطلقاً ، أقول : هو رأى الشافعي وأبي حنيفة وقال مالك في المشهور عنه ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان من شرط مدة لزمته تلك المدة فان لم يشرط مدة لزمه من المدة ما رأى الناس أنها مدة لتلك العارية ، قال في نهاية المجتهد ان سبب الخلاف ما يؤخذ فيها من شبه العقود اللازمة في المنار ان اثبات الرجوع والزام الارش وان كان عليه الاكثر يحتاج الى وجه مسفر وفي البحر عن أحد قولى الناصر انه لا يرجع المستعير بشيء ، قال المنار ويوجه بان المستعير اذا علم ان للغير الرجوع فقد رضى على نفسه ليس بمغرور . والشارح هنا تكلم بكلام المقلد كما تراه .

في **الغرس والبناء ونحوهما** ﴾ من وضع الحلية في السيف ونحو ذلك ﴿ **الخياران** ﴾ أخذ قيمة البناء والغرس قائمين لابقائهما ، أو قلعهما ، وأرش نقصهما ولا أرش عليه لو نقص المحل لأن ما نقص بالانتفاع لا يضمن كما تقدم آنفاً ﴿**و**﴾ لو كان الموضوع في المحل زرعاً كان للمستعير[١] ﴿ **في الزرع الثلاثة** ﴾ الخياران المذكوران والثالث بقاء الزرع الى **الحصاد بلا** أجرة في المطلقة وفي المؤقتة إذا لم يقصر لا كالأجارة لأن موضوع الأجارة على العوض وموضوع العارية على عدمه فلهذا لا يجب في الزرع حصاده بلا تقصير لا ﴿ **إن قصر** ﴾ في الموقتة فعليه في المدة الزائدة أجرة المثل[٢] ولا يخفى إيهام عبارة المصنف وعدم تأديتها للتفصيل المذكور ﴿**و**﴾ من أحكامها أن الأرض إذا كانت مستعارة ليدفن فيها الميت أو يبذر فيها فانها ﴿ **تأبد بعد الدفن والبذر** ﴾ فالتأبد ﴿ **للقبر حتى يندرس وللزرع حتى يحصد** ﴾ فيلزم بقاؤه بلا أجرة في المدة الزائدة على المطلوبة هذا معنى التأبيد فيه لكن إنما يتأبد الزرع ﴿ **إن لم يقصر** ﴾ في إهمال أول المدة المعتادة للزرع وإلا لزمته أجرة ما زاد على المدة ﴿**و**﴾ من أحكامها أنها ﴿ **تبطل بموت المستعير** ﴾ ومعنى بطلانها أنه لا يجوز[٣] للورثة الانتفاع بها كما كان

---

(١) **قوله** : كان للمستعير في الزرع الثلاثة ، أقول : أهمل الشارح أيضاً الدليل هنا وفي المنار انه لا يرجع ما قالوه الى أصل معين بل رأى مجرد .

(٢) **قوله** : ولا يخفى إيهام عبارة المصنف ، أقول : لان قوله ان قصر يوهم انه قيد للعارية المطلقة والمقيدة وليس كذلك بل هو قيد للاخيرة وعنه لزوم عدم تأديتها للتفصيل المذكور ظاهر وقد صرح في الغيث ان قيد إنْ قصر للمؤقتة حيث قال ان قصر حتى تعدى المدة المؤقتة ، واعلم انه طوى الشارح الاستدلال للمسألة المذكورة والخلاف في البحر ذكر الخلاف وقال عليه المنار تحكيمهم للمستعير بأخذ الارش أو القيمة أو ابقاء الزرع بالأجرة وتحكيم الشافعي المعير في الأخذ بالقيمة واختيارهم للخصم في تلك الصورة رأى مجرد لا يرجع الى أصل أ. هـ.

(٣) **قوله** : لم يجز للورثة الانتفاع بها ، أقول : لان الاباحة كانت لمورثهم لا لهم .

(**فائدة**) في نهاية المجتهد اذا استعار الرجل من الرجل جداره ليغرز فيه خشبة لا يضر صاحب الجدار وبالجملة كلما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه ، فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضي له بها لأن العارية لا يقضى بها ، وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث يقضي بها وحجتهم ما أخرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال «لا يمنع احدكم جاره ان يغرز خشبته في جداره» ثم يقول ابو هريرة ما لي أراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين اظهركم واحتجوا أيضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق

للموروث وفي نسخة للمورث ﴿و﴾ من أحكامها أنها ﴿**تصير بشرط النفقة عليه**﴾ كإطعام الحيوان وعمارة البيت ونحو ذلك ﴿**إجارة و**﴾ من أحكامها أن ﴿**مؤقتها**﴾ يصير ﴿**بموت المالك قبل انقضاء الوقت وصية**﴾ للمستعير يتبعها أحكام الوصية كما سيأتي ان شاء الله تعالى ﴿ **والقول للمستعير في قيمة المضمونة** ﴾ إذا تلفت ﴿**و**﴾ في ﴿ **قدر المدة والمسافة بعد مضيهما** ﴾ لأن المعير يدعي أن المستعير غاصب لبعض الماضي والأصل عدم الغصب بعد التصادق على مطلق العارية بخلاف ما إذا كان الاختلاف قبل فراغ المدة والمسافة فإن القول قول المعير لأنه يدعى أقصرهما والقول قول مدعي الأقل كما تقدم مع إنكاره للزائد قبل فعله رجوع لو فرض صدق دعوى المستعير والرجوع ثابت للمعير ﴿**و**﴾ القول للمستعير ﴿ **في رد غير المضمونة** ﴾ لأنه فيها أمين بخلاف المضمونة ، فهي تنقلب إجارة ﴿**و**﴾ القول له أيضاً في أن المردود ﴿ **عينها و** ﴾ في ﴿ **تلفها** ﴾ لأنه أمين ﴿**و**﴾ في ﴿ **أنها إعارة لا إجارة** ﴾ بناء على أن الأصل في المنافع عدم الأعواض خلافاً لأحد قولي المؤ يد بالله والقياس اتباع العرف في مثل تلك العين فإن كان الغالب التسامح بمنفعتها فالقول قول المستعير وإلا فالقول للمالك .

= خليجا من العروض فأراد ان يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك انت تمنعني وهو لك منفعة تسقى منه أولاً وآخراً ولا يضرك فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر ابن الخطاب فدعا عمر محمد ابن مسلمة فأمره ان يخلي سبيله فقال له عمر تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فأمره عمر ان يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمر بن يحيى المزني عن أبيه أنه قال كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف اي نهر فأراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فمنع صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقضى لعبد الرحمن بتحويله ، وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله صلى الله عليه وآله وسلم «لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيبة من نفسه» وعند الغير ان عموم هذا الحديث مخصوص بهذا الحديث وبخاصة حديث ابي هريرة وعند مالك انها محمولة على الندب . قلت والحديث المذكور مخصوص بعدة أحكام مثل الحكم على التمرد على النفقة الواجبة وغيره والأقرب ما قاله الشافعي لظهور الدليل وهو حديث ابي هريرة .



كتاب الهبة [١]

(فصل)

﴿ شروطها الأيجاب والقبول ﴾ على عادة [٢] المصنف في جعل الماهية شرطاً لنفسها ﴿ أو ما في حكمه ﴾ أي حكم الواحد منهما نحو هب لي فيقول وهبت أو انتفع بهذا فيقول قبلت أو نحو ذلك ولا بد ان يقع كل منهما ﴿ في المجلس ﴾ الذي وقع فيه الآخر ﴿ قبل الأعراض ﴾ كما تقدم غير مرة والمذهب انه لا يشترط القبض في ملك الموهوب ﴿ وقال علي ﴾ والثلاثة ومعاذ وابن عمر وأنس وعائشة وزيد والباقر والصادق والنفس الزكية وأحمد ابن عيسى والداعي والمؤيد والأمام يحيى والثوري والفريقان لا يملك إلا بالقبض ، لنا إطلاق [٣] حديث « الذي يعود في هبته كالكلب يعود في قيئه » عند الجماعة من حديث ابن عباس رضي الله عنه وابن عمر وعند أبي داود والنسائي من حديث ابن عمرو بن العاص ،

---

(١) **كتاب الهبة** ، أقول : في فتح الباري أنها بكسر الهاء وتخفيف الموحدة تطلق بالمعنى الأعم على أنواع الأبراء وهو هبة الدين ممن هو عليه والصدقة وهو هبة ما يتمحض به ثواب الآخرة والهدية وهي ما يكرم به الموهوب له وتطلق الهبة بالمعنى الأخص على ما لا يقصد له بدل وعليه ينطبق تعريف من عرف الهبة بأنها تمليك بلا عوض .

(٢) **قوله** : على عادة المصنف ، أقول : تقدم له تأويل ذلك في الرهن وهو يجري هنا وإن كان الأظهر ان المصنف لا يريد ما تأوله به واشترط ولا يخفى أن اشتراط العقد فيه وفي الرهن بل وفي البيع لم يقم عليه دليل ناهض والأظهر أن المعتبر الرضى والتراضي .

(٣) **قوله** : إطلاق حديث الذي يعود في هبته ، أقول : مثله في البحر وليس بواضح في القبض ولا غيره ، وقال في المنار أراد أي المصنف بالاستدلال أنها قد شرعت في الجملة . وهو تأويل يأباه كلام البحر لأنه قال لا يشترط لقوله الحديث وحَمْلُه على بيان المشروعية في الجملة مناسب لو كان الكلام مع منكر مشروعيتها أصالة فحمل الشارح أقرب منه مع ما فيه .

قالوا الموهوب هو المقبوض والقبض [١] من مفهوم الهبة لغة ، **قلت** ولهذا لا يصح التصرف في مبيع أو موهوب [٢] قبل قبضه كما تقدم ولو ثبت الملك لثبت لوزامه فانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم وذلك لازم في البيع الصحيح أيضاً ، وعليه يدل خيار المجلس كما قدمنا ﴿ **و** ﴾ عقد الهبة يصح موقوفاً وحينئذٍ ﴿ **تلحقه الأجازة وإن تراخى** ﴾ المجيز عن الأجازة وقت العلم

(١) **قوله** : والقبض من مفهوم الهبة لغة ، أقول : هذه دعوى على اللغة تفتقر إلى برهان وفي المنار اسم الهبة لا يشعر بقيد القبض ، قلت وكلام المنار وإن كان دعوى أيضاً إلا انه يوافق الأصل إذ الأصل في اللفظ المفرد عدم تقييد معناه ثم قال إن الأصل عدم لزوم القبول للتبرعات والقبض نوع من القبول هنا لعدم الفرق بينها وبين الصدقة وكذلك لا فرق بينهما في عدم لزوم القبض بحصول الملك وكذلك النذر والعارية ونحوهن والقياس على المعاوضة قياس مع الفرق أعني في إيجاب العقد وما يقوم مقامه والشرط في الجميع القبول بمعنى التلقي وعدم الأباء ، والرد فاذا عرض لها قبل ذلك مانع كموت الموهوب له والمتصدق عليه لم يتحقق، قلت ولا يخفى قوة كلامه .

(٢) **قوله** : او موهوب قبل قبضه ، أقول : تقدم للشارح صحة التصرف في الهبة قبل القبض واستدل بقصة البعير الذي شراه صلى الله عليه وآله وسلم من عمر وكان ابنه راكباً عليه ثم وهبه صلى الله عليه وآله وسلم لأبنه قبل قبضه وكأنه اراد هنا إلزام أهل المذهب لأنهم يقولون لا يتصرف في المبيع بالهبة مثلا قبل قبضه الموهوب ، ثم لهم ان يقولوا قد ملكت بالعقد لكن التصرف فيها يتوقف على القبض .
واعلم أن في نهاية المجتهد أنَّ مالكاً يقول تنعقد الهبة بالعقد ويجبر على القبض كالمبيع سواء فأن تأبى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس أو مرض فطلب الهبة فعند مالك القبض من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها أصلا لا شرط تمام ولا شرط صحة وهو قول أهل الظاهر ، عمدةُ من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع لأن الأصل في العقود ألا يقضي بشرط في صحتها حتى يقوم الدليل عليه وعمدةُ من اشترط القبض أن ذلك مروي في حديث أبي بكر فأنه قال « مَا بَالُ رجالٍ يَنْحِلون أبنائهم نُحْلاً ثم يُمْسِكُونَهُ فأن مَاتَ ابنُ أَحَدِهم قال مَا لِي بِيَدي لم أعط أحداً وان مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته إياه فمن نحل نِحْلَةً فلم يجزها الذي انحلها حتى تكون لورثته فهي باطلة » ، قلت وكذلك حديث أبي بكر في هبته لعائشة المشهور وأنه قال عند الوفاة « إني كنت ملكتكِ جذاذا(*) عشرين وَسْقاً فلو كنت جذذتيه وأحرزتيه كان لك وإنما هو اليوم مال وارث » وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة ومثله يروي عن عمر وعن علي قالوا وهو إجماع الصحابة لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعاً ، القياسُ وما روى عن الصحابة من حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرط في صحتها ومن حيث شرعت فيها الصحابة القبض جعله من شروط التمام .

(*) وفي نسخة جداد عشرين وَسْعاً فلو كنت جددتيه وأحرزتيه. . الخ المقابلة.

بها ما لم يرد ﴿ و ﴾ من شروطها ﴿ **تكليف الواهب وكون الموهوب مما يصح بيعه مطلقاً** ﴾ لا في حال دون حال كالوقف والهدى والمدبر ﴿ **وإلا** ﴾ يصح بيعه مطلقاً ﴿ **فلا** ﴾ يصح هبته ﴿ **إلا الكلب ونحوه** ﴾ النجس لأن امتناع بيع الأنجاس إنما كان لأن مقابلتها بمال إكرام لها ولا يناسبها بخلاف الهبة فهي إزالة وفي نسخة إداله لا لها لكن هذا مبني على صحة[1] التعليل بالخيالية الاقناعية ﴿و﴾ إلا ﴿**لحم الأضحية**﴾ فإنه وإن لم يصح[2] بيع المضحى له فإنه يصح منه هبته لكن هذا[3] إنما يتمشى على رأي أبي حنيفة بأن الدخول في النقل يقلبه واجباً وحينئذٍ يمتنع البيع لأنه مناف للقربة بخلاف الهبة فهي من القرب ولو لغنى لأنها من البر ﴿و﴾ إلا ﴿ **الحق** ﴾ على ما في منع بيعه من النظر الذي قدمناه لك ﴿ و ﴾ إلا ﴿ **مصاحب ما لا يصح هبته** ﴾ كلو وهب له حراً وعبداً بلفظ واحد لأنه إنما يفسد بيعهما عند عدم تميز الأثمان لجهالة قدر ثمن كل واحد منهما ولا ثمن هنا ﴿ **فيصح** ﴾ هبة هذه الأشياء ﴿ و ﴾ لا بد في الموهوب من ﴿ **تمييزه بما يميزه للبيع** ﴾ ، وقال المؤيد بالله[4] والأمام يحيى يكفي ذكر حاصر نحو أن يقول كلما ورثته من فلان أو كلما أملك ووافقه مالك قال المصنف قلنا تمليك لا على جهة النذر فلا يصح كالبيع وعورض بأنها تمليك بلا عوض كالنذر

---

(١) **قوله** : على صحة التعليل بالخيالية ، أقول لأنهم قسموا المناسب إلى خيالي عقلي حقيقي وخيالي إقناعي وجعلوا من الخيالي الأقناعي تعليل تحريم بيع الميتة بالنجاسة وقد اعتبره أهل المذهب وبنوا عليه في عدة مسائل وأثبتوه في الأصول .

(٢) **قوله** : وإن لم يصح بيع المضحى له ، أقول : يأتي في الأضاحي أن يكره البيع لا يحرم وكأن المصنف هنا بنى على غير ما يأتي له في الأزهار .

(٣) **قوله** : لكن لا يتمشى إلخ ، أقول : قد استشعر المصنف هذا فقال في الغيث فأن قلت لم لا يجوز بيعه والأضحية عندنا سنة وليست بواجبة ، قلت لعل أصحابنا يعنون الأضحية في الحج لأن هدايا المتنقل فيه واجبة بعد تعلق القربة به . قلت ولا يخفى ما فيه فأنه لا فرق في الأضحية بين الحج وغيره وأنها ليست من الهدى .

(٤) **قوله** : وقال المؤيد والأمام يحيى ، أقول : هذا ذكر في البيع وهو جار هنا إلا أن قوله ووافقه مالك خلاف ما في البحر عن مالك فأنه نقل عنه صحة هبة المجهول ورد عليه المصنف هنالك بقوله قلنا تمليك إلخ .

فصحت بالمجهول وقواه المصنف لارتفاع الجهالة بالحصر ، **قلت** لأن العموم من المقيد لا من المطلق فأشبه المعلوم ولهذا صح الابتداء بالنكرة العامة .

(فصل)

﴿ **ويقبل للصبي ونحو وليه أو هو** ﴾ أيضاً لكن بشرط أن يكون ﴿ **مأذوناً لا السيد** ﴾ [1] فلا يصح أن يقبل ﴿**لعبده**﴾ ما وهب للعبد وعلله المصنف بأن القبول إنما يصح ممن الايجاب له وهو تهافت [2] منقوض بولي الصبي للصبحي والسيد أجدر لأنه مالك للعبد وما في يده بخلاف ولي الصبي ﴿ **و** ﴾ وإذا نهى السيد العبد عن قبول الهبة فقبلها العبد فأن السيد ﴿ **يملك ما قبله** ﴾ العبد ﴿ **وإن كره** ﴾ ملكه كالميراث .

(فصل)

﴿ **وتصح** ﴾ الهبة ﴿ **بعوض مشروط** ﴾ في العقد ﴿ **مال فيكون** ﴾ حينئذٍ ﴿ **بيعاً** ﴾ قيل إذا ملك العوض بنفس العقد نحو أن يقول وهبت لك كذا ، أما لو قال على أن تهبه لي فليس بيعاً وقوى ذلك شيخنا ولا وجه [3] للفرق بين العبارتين لأن الهبة مصدر في

---

(١) (فصل)ويقبل للصبي وليه قال : لا السيد لعبده ، أقول في الغيث فأن قيل أليس الهبة للعبد هبة للسيد لأنه لا يملك فكيف لا يصح قبوله عنه ؟ فالجواب أن الملك لسيده لا يمتنع أن يكون موقوفاً على قبول غيره كما أن رجلا لو قال لغيره وهبت لك هذا الشيء إن قبلها فلان فالهبة يملكها الموهوب له إن قبلها فلان فأن لم يقبلها لم يملكها ثم قال هكذا ذكره أصحابنا ثم أورد عليهم سؤ الا وأجاب عنه ولا يخفى أنه لو قام الدليل على أنه لا يصح هنا قبول السيد لعبده كان لا بأس يتطلب الفرق مع من يقول العبد ملك إذ يتجه له أن لا يقبل عنه سيده .

(٢) قوله : وهو تهافت ، أقول : هو كما قال إذ معناه إنما يقبل عن موجب والعبد لا يصح أن يوجب والمراد من جعل له الأيجاب وما جعل إلا للعبد لا للسيد والصبي كذلك أوجب له لوالده (فصل) وتصح بعوض .

(٣) قوله : ولا فرق بين العبارتين ، أقول فرقوا بأنه في الثانية علق البيع على مستقبل وأما قول الشارح لأن الهبة مصدر في تقدير أن والفعل فقد صارت اسما لما يوهب وانسلخت عن الحدث الذي يقدر بأن والفعل ، وأما إنه من صور شرط البيع بمستقبل فقد يقال البيع هنا ما وقع إلا بهذا اللفظ الاستقبالي لا بغيره ، واعلم أن هذا وهو الصحة مذهب مالك وقول الشافعي في القديم وقال الشافعي في الحديث =

تقدير أن والفعل كما علم في علم الأعراب وغاية ما يلزمه أن يكون على أن تهب لي كذا متضمناً لذكر الثمن وشرط البيع بمستقبل نحو على تأدية الثمن وإلا فلا بيع وقد جعلوا ذلك بيعاً صحيحاً كما تقدم ﴿ و ﴾ ذلك ايضاً معنى قولهم هنا أنه ان حصل العوض فلا رجوع سواء كانت مشروطة بمال مذكور أو ﴿ **مضمر أو** ﴾ كان العوض غير مال ، وإنما هو ﴿ **غرض** ﴾ قالوا ، وأما إذا لم يحصل المضمر والغرض ﴿ **فيرجع** ﴾ الواهب في الهبة ﴿ **لتعذرهما** ﴾ ولا وجه لتسمية ذلك رجوعاً بل لم [١] تقع الهبة رأساً لأن انتفاء حصول الشرط مستلزم لانتفاء حصول المشروط كما في شرط البيع بحالي أو بعلي تأدية الثمن ليوم كذا وإلا فلا بيع ، وأما قول المؤ يد بالله ان الواهب على غرض بالرآ المهملة لا يستحق الرجوع لتعذره فلا وجه له إلا توهم أنه لما لم يصح ثمناً لم تكن الهبة بيعاً وأن ملزوم صحة الرجوع إنما هو كونها بيعاً لا كونها محض هبة وهو مجرد وهم لأن تنافى الملزومات لا يوجب تنافي اللوازم فيصح كون الرجوع لانتفاء الشرط لازماً للبيع وللهبة على أنا عرفناك أن لا وجه لتسمية ذلك رجوعاً ﴿ و ﴾ بذلك يعلم أن قوله أنه لا يستحق الرجوع إلا إذا رجع ﴿ **فوراً في** ﴾ ما وهب للعوض ﴿ **المضمر** ﴾ مسنداً له إلى انه حق متجدد في عين كفى *المشفوع فيه ممنوع [٢] التجدد بل استحقاق الرد ثابت بحكم التقييد الشرطي المقارن للهبة وان لم يظهر إلا بعدها ولا كذلك حق الشفيع فانه إنما يثبت بالبيع

= والحنفية أن الهبة للثواب باطلة لا تنعقد لأنها بيع بثمن مجهول ولأن موضوع الهبة التبرع فلو أبطلناه لكان في معنى المعاوضة وقد فرق الشرع والعرف بين الهبة والبيع فما استحق العوض أطلق عليه لفظ البيع بخلاف الهبة قاله في فتح الباري وفي نهاية المجتهد وكأن مالكاً جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ، قلت وكأن المصنف أراد بقوله ويصح الأشارة إلى هذا ولا يخفى قوة ما ذهب إليه الشافعي في الجديد والحنفية .

(١) **قوله** : بل لم تقع الهبة رأساً ، أقول : في نهاية المجتهد اختلف القول عندهم إذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم ؟فقيل يلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لا يلزم إلا أن يرضيه وهو قول عمر وإذا اشترط فيه الرضى فليس هناك بيع انعقد والأول هو المشهور عن مالك أما إذا لزم القيمة فهناك بيع انعقد . واحد القولين يوافق ما قاله الشارح وهو الأقرب لأنه لو أراد القيمة لباع العين بيعاً ولم يهبها فما عدل إلى الهبة لمعين إلا طلباً لزيادة القيمة .

(٢) **قوله** : ممنوع ، أقول : في المنار على قول البحر « فان تراخى بطل » لا وجه لبطلانه لأنه حق ثابت من حين الهبة كالثمن ولم يعرض ما يبطله .

(*) الكاف للتشبيه.

المتجدد على انه يمكن دعوى تقديمه على البيع بدليل فلا يبعه حتى يؤذن شريكه كما تقدم ﴿ و ﴾ اما ان الموهوب على عوض المضمر ﴿ **له حكم الهبة** ﴾ على غير عوض ﴿ **لا** ﴾ حكم ﴿ **البيع** ﴾ من الرد بالرؤية والعيب والرجوع بما استحق منه والشفعة فيه فيستلزم أن يكون قوله ﴿ **إلا في الربا** ﴾ تخصيصاً من دون مخصص ورجوعاً إلى ترجيح حكم البيع على حكم الهبة من غير مرجح ولا مخلص إلا بما حققناه لك من أنه بيع مشروط بتأدية ما قصده الواهب فلا يملك إلا بالقبض فقط ، وإنما يملك به وبحصول الشرط كما لو كان مظهراً ﴿ **وما وهب لله ولعوض فللعوض** ﴾ يجري عليه أحكام الموهب بعوض لحديث [١] « إن الله تعالى يقول أنا أغنى الشريكين أدع ما شوركت فيه لشريكي » أخرجه (فراغ في الاصل) [٢] ﴿ **وليس على الراجع** ﴾ في الهبة شيء من ﴿ **ما أنفقه المتهب** ﴾ على الموهوب ولكن هذا مخالف [٣] لقياس الراجع على الشفيع والقياس [٤] رجوع المتهب بما فعله للنماء لا للبقاء .

---

(١) **قوله** : لحديث إن الله تعالى يقول أنا أغنى الشريكين ، أقول ، لم يخرجه الشارح وقد أخرجه مسلم بنحوه ولا يخفاك أنه دليل على عدم قبوله تعالى لما شورك فيه على جهة الربا ولا يلزم من إرادة العوض الربا إذ يجوز أن يخلص النية لله تعالى في قصد مطابقة شرعية الهبة ولا يناقضه إرادة العوض ، وإنما العلة في قوله فللعوض انه ما بذل عين ماله إلا قاصداً لأخذ العوض فلم يبذله مجاناً فوجب عوضه .

(٢) أخرجه مسلم وابن ماجه عن أبي هريرة بلفظ قال الله تعالى أنا اغنى الشركاء عن الشرك من عمل عملا أشرك فيه معي غيري تركته وشركه .

(٣) **قوله** : خالف القياس الراجع على الشفيع ، أقول : في الغيث وشرح الأثمار تعليل عدم الرجوع بأنه انفقه على ملكه إلا انه لا يخفى أنه يقال وكذلك المشفوع عليه أنفق على ملكه على أنا نقول لأنه لم يستقر الملك للمتهب بل هو باق على ملك الواهب ولهذا رجع إليه .

(٤) **قوله** : والقياس رجوع المتهب لما فعله للنماء لا للبقاء ، أقول : في شرح الأثمار ، وأما حرث الأرض وقصارة الثوب ونحوهما مما هو للنماء لا للبقاء فيرجع به إذ هو مغرور من جهته كما تقدم ، واعلم أن مؤلف الأثمار أخَّر هذه الجملة إلى آخر الفصل الثاني لأنها عامة للرجوعين ، الرجوع عما كان عن عوض والرجوع عما كان لا عنه .

(فصل)

﴿ و ﴾ تصح الهبة ﴿ **بلا عوض** ﴾ بل هو [١] موضوعها الحقيقي وإن [٢] اختلف في اقتضائها الثواب وعدمه ، وإنما اختلفوا في هبة الأدنى للأعلى ، واما هبة الأعلى للأدنى أو المساوي لمثله فالاتفاق قائم على عدم اقتضائها الثواب فيهما وفي الأول [٣] قال أبو طالب ومالك وقول للشافعي يقتضيه يعنون يكون الظاهر عند التنازع وقال ابن عباس وابن عمر والناصر والمؤ يد وابو حنيفة وأصحابه والشافعي لا يقتضيه لنا قياسها [٤] على التحية والهدية وأجيب بالفرق [٥] بأنها للتفضل ولهذا لا يجب قبولها ليفعل بها الواجب حذراً من المنة التي لا

﴿ **فصل** ﴾ وتصح بلا عوض

(١) **قوله** : بل هو موضوعها ، أقول هذا صحيح في معناها الأخص وهو المراد هنا كما قدمنا عن فتح الباري وأن تعريفها عليه ، أنها تمليك بلا عوض ، وفي المصباح وهبت لزيد مالاً أهبه أنطيته بلا عوض والأنطاء الأعطاء فهذا التعريف أفاد ان عدم العوض جزء مسماها ا هـ

(٢) **قوله** : وإن اختلف في اقتضائها الثواب أي في وجوب الأثابة عليها وعدمه اهـ

(٣) **قوله** : وفي الأول ، أقول : وهو هبة الأدنى للأعلى وفي المنار الهبة للأدنى كثيراً ما تكون نحو الصدقة وهو غرض مهم وللمساوي معاشرة لجلب المودة وحسن العشرة وللمروءة وهي مثل إعطائه الأدنى إلا ان في الأدنى يوهم الصدقة والدواعي التي في الأوسط ممكنة في الأعلى ، إلا أن مقامه يستدعي أن يتفضل لا ان يتفضل عليه غيره فلهذا توهم أن الغرض طلب ما عنده وأن الهبة وصلة إلى ذلك وإذا حققت وجدت الدواعي الشاملة للثلاثة كافية في الحمل على الهبة فيكون الظاهر عدم العوض في الأعلى أيضاً ما لم تدل قرينة خارجة كما ذكر وحديث « تهادوا ، تحابوا » دليل مستقل ا هـ قلت أما هبة الأدنى مالا للأكثر منه ما لا فهي خارجة عن هذا الظاهر بل إنما يراد بها الأثابة بأكثر من قيمتها ومن ذلك هدايا الوافدين للأيمة والأمراء لا يريدون بها إلا التجارة والأثابة بأكثر مما أهدوا ويأتي للمنار هذا قريباً .

(٤) **قوله** : قياسها على التحية والهدية أقول : هذا بناء على أنه أريد بالعوض المال لا غير ولو أريد الأعم لورد أن الهدية والتحية قد قصد بهما عوض هو الدعاء والمحبة ، واعلم أنه استدل في البحر بآيات التحية وبفعله صلى الله عليه وآله وسلم في مكافأته من اعطاه بعيراً واعترضه المنار بأنه وضع الدليل في غير محله فآية التحية لا تشمل الهبة إلا تعسفاً وجمعاً بين الحقيقة والمجاز وفعله صلى الله عليه وآله وسلم لظهور إرادة العوض كما هو ظاهر في هدية الأفراد للأمراء وليس ذلك من محل النزاع ا هـ والشارح لما رأى استدلال البحر في غير محل النزاع جعل الدليل القياس .

(٥) **قوله** : بالفرق ، أقول : بين التحية والهدية فأن الهبة لقصد التفضل ولذا لا يجب قبولها لئلا يوجب

يجب تحملها ، وأما هنا فللتوسل إلى ما عند المحيا والمهدى له من دعاء أو تحية أو غيرهما لما عند مسلم وأبي داود والترمذي وصححه من حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال أولا أدلكم على شيء إذا فعلتموه تحاببتم أفشوا السلام بينكم ، ولحديث انه صلى الله عليه وآله وسلم قال «تهادوا تحابوا» البخاري [١] في الأدب المفرد والترمذي ، والبيهقي من حديث أبي هريرة بأسناد حسن وله شواهد [٢] من حديث عائشة وأم حكيم بنت وداع الخزاعية عند ابن طاهر والطبراني [٣] في الأوسط ومن حديث [٤] أنس وابن عمر عند ابن حبان وهو من مراسيل مكحول عند ابن طاهر ولكل [٥] منها طرق ، وإن كان فيها كلام وفي الفاظهم اختلاف فالمعنى متحد والمجموع ناهض وأصرح من ذلك ما عند النسائي من حديث عند الرحمن بن علقمة الثقفي قال لما قدم وفد ثقيف قدموا معهم بهدية فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم «أهدية أم صدقة فان كانت هدية فانما يبتغي بها وجه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضاء الحاجة» الحديث وهو[٦]

على نفسه المكافأة وتحمل المنة إلا انه لا يخفى أنه جواب بمجمل النزاع إذ هو مبني على وجوب المكافأة التي وقع النزاع فيها وكذلك لا يخفى سماحة وصف المنة بعدم وجوب تحملها وكان الأولى في الرد أن يقال لا يصح القياس على التحية إذ الكلام في عوض المال ولا يصح القياس على العوض ، بالقول ، وأما الهدية فلا يقاس عليها لأنها قسم من الهبة فأن كانت من الأدنى للأعلى فمحل النزاع ، وإن كانت من غيرهما فمن غيره ثم لا يخفى أن آيات التحية عامة للأدنى والأعلى وعكسهما وغيرهما ومحل النزاع خاص .

(١) قوله : البخاري في الأدب المفرد ، أقول : زاد الشارح في المخرجين الترمذي ولم أجده في التلخيص ولا وجدته في سنن الترمذي .

(٢) قوله : وله شواهد من حديث عائشة الخ ، أقول : لفظه « تهادوا تزدادوا حباً » .

(٣) قوله : والطبراني في الأوسط ، أقول : عن عائشة فقط مرفوعاً قال الحافظ وفي اسناده نظر .

(٤) قوله : ومن حديث أنس الخ ، أقول لم أجده في التلخيص فيبحث عنه .

(٥) قوله : عند ابن طاهر ، أقول : قال الحافظ قال ابن طاهر إسناده غريب وليس بحجة وفيه محمد بن سليمان قال ابن طاهر لا اعرفه قلت فهو مجهول وحديث ام حكيم الخزاعية قال الحافظ أنه قال فيه ابن طاهر إسناده غريب وليس بحجة ا هـ وما كان يحسن حذف كلام ابن طاهر ولكنه قد أشار إليه .

(٦) قوله : وهو صريح في أن الهدية إنما يبتغى بها قضاء الحاجة ، أقول : هذا واضح وهبة الأدنى للأعلى

صريح في أن الهدية إنما يبتغي بها قضاء الحاجة وكذلك الهبة فانها لا تكون في الأغلب إلا عند قصد المتهب الواهب او سؤاله وإذا كان موضوع الهبة ان تكون بلا عوض ﴿ **فيصح الرجوع فيها** ﴾ وإن كره ، وقال الناصر والشافعي لا يصح لحديث ابن عباس عند أبي داود والترمذي والنسائي مرفوعاً بلفظ « لا يحل لرجل ان يعطى عطية او يهب هبة ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى ولده » قلنا [١] الحل أخص من الجواز ونفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم لأن

= التي هي محل النزاع ثم لا يخفى أنه في الهدية إلا انها قسم من الهبة كما عرفت ثم إن جعل العوض أعم من المال صح به الاستدلال وإلا فقضاء الحاجة لا يكون إلا من المال في الأغلب .

(١) **قوله** : قلنا الحل أخص من الجواز ، أقول : قال الطحاوي لا يحل يستلزم التحريم وهو كقوله لا تحل الصدقة لغنى وإنما معناه لا تحل له من حيث تحل لغيره من ذوي الحاجة وأراد بذلك التغليظ في الكراهة ، واعلم أنه استدل الشافعي وغيره بحديث أبي داود « العائد في هبته كالعائد في قيئه » ، قال همام ، قال قتادة ولا أعلم القيء إلا حراماً وفي البخاري « ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالذي يعود في قيئه » وفيه « الذي يعود في هبته كالكلب يعود في قيئه » كلها ألفاظ نبوية ، قال الحافظ ابن حجر في الفتح أي ليس لنا معشر المؤمنين أن نتصف بصفة ذميمة يشابهنا فيها أخس الحيوانات في أخس احوالها ، قال الله تعالى (للذين لا يؤمنون بالآخرة مثل السوء ولله المثل الأعلى) قال وإلى القول بتحريم الرجوع في الهبة بعد أن تقبض ذهب الجمهور من العلماء الاهبة الوالد لولده جمعاً بين هذا الحديث وحديث النعمان قال ولعل هذا أبلغ في الزجر وأدل على التحريم مما لو قال مثلا لا تعودوا في الهبة ، وتأول الطحاوي ذلك فقال هو وإن اقتضى التحريم لكون القيء حراماً لكن الزيادة في الرواية الأخرى وهو قوله « كالكلب » يدل على عدم التحريم لأن الكلب غير متعبد فالقيء ليس حراماً عليه والمراد التنزه عن فعل يشبه فعل الكلب ، وتعقب باستبعاد ما قاله ومنافاة سياق الأحاديث له ولأن عرف الشرع في مثل هذه الأشياء يراد به المبالغة في الزجر كقوله من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم خنزير ، واعلم أن هذه المسألة تعم بها البلوى كثيراً فهي حقيقة بزيادة الكلام فيها في تعارض أحاديثها فثبت حديث « العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » وحديث لا يحل لأحد ان يرجع في هبته إلا الوالد وحديث « من وهب هبة يرجو ثوابها فهي رد على صاحبها ما لم يثبت عليها » وحديث « الواهب أحق بهبته ما لم يثبت فيها » وحديث الفرس الذي تصدق بها عمر ثم أراد شراءها فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « لا تشتره فأن العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » فلاختلاف الاحاديث ، اختلف الناس في ذلك وتسمى هذه المسألة مسألة الاعتصار ، قال في نهاية المجتهد قال احمد وأهل الظاهر لا يجوز لأحد ان يعتصر ما وهبه إلا ما وهب لذي رحم محرم وقال مالك والشافعي وجمهور أهل المدينة أن للأب ان يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يترتب عليه حق للغير يريد على الهبة كأن

المكروه جائز غير حلال إذ الحلال هو المطلق المتعري عن مانع ما ثم معارض بحديث من وهب هبة يرجو ثوابها فهي رد على صاحبها ما لم يثبت فيها،البيهقي من حديث عمر مرفوعاً ، قالوا قال البيهقي وهم ، قلنا صححه الحاكم وابن حزم ، قالوا ليس محلا للنزاع لأنه في الهبة على عوض مضمر والرجوع فيها جائز بالاتفاق وعليه يحمل ما روى عن على الواهب أحق بهبته ما

= يتزوج الأمة الموهوبة له من أبيه وأن للام أيضاً ان تعتصر ما وهبته إن كان الأب حياً وقد روى عن مالك انها لا تعتصر فهذه أقاويل العلماء فمن لم يقل بالاعتصار أصلا احتج بحديث « العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » ومن استثنى الأبوين احتج بحديث الوالد واقاس (*) عليه الأم ومن استثنى ذوي الرحم احتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب انه قال « من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها » فهذه أدلة الأقوال والذي يقوي عدم جواز الرجوع أن للأب في هبته الولد صغيراً كان أو كبيراً لعموم حديث الاستثناء لهما ولا تقاس الأم عليه لأنه يؤ يد خصوصية الأب . حديث « انت ومالك لأبيك » وليس هذا للأم ولأنه يحتمل ان العلة خصوصية الأبوة ولا إلحاق مع الاحتمال لأنه لا ظهور للعلة واما ذو الرحم فكلام عمر ليس بحجة ، وهذا فيما لم يرد به العوض وأما ما وهب للعوض فانه يجوز الرجوع فيه لحديث علي وحديث عمر ، ثم لا يخفي عليك أن هذا النزاع في الرجوع من غير سبب يرجعها إلى الواهب ، واما رجوعها إليه بالميراث فقد أخرج أبو داود عن عبدالله ابن بريدة عن أبيه ان امرأة اتت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت إني كنت تصدقت على أمي بوليدة وأنها ماتت وتركت تلك الوليدة ، فقال صلى الله عليه وآله وسلم وجب أجرك ورجعت إليك بالميراث ، قال في نهاية المجتهد وبه يقول جمهور العلماء وروى عن الظاهرية انه لا يجوز الرجوع ولو بالميراث قلت وهذا غاية الجمود فأنه لم يسترجعها بل أرجعها الله سبحانه وتعالى ودليل أهل الظاهر حديث الفرس وقوله صلى الله عليه وآله وسلم لعمر لا تشتره ولا يخفى انه نص في الشراء للعين المتصدق بها والحاق الميراث به في غاية البعد ثم إنه اختلف أيضاً في شراء العين الموهوبة فقال ابن حجر في فتح الباري أنه حمل الجمهور النهي في حديث عمر على التنزيه قال وحمله قوم على التحريم قال القرطبي وغيره وهو الظاهر قلت وهو كذلك .

قوله وما أدرى ما وجهه ، أقول المسألة في البحر مطلقة ووجهة قبوله لانتقال الملك يريد إذا مات الموهوب له فقد انتقل ملك العين إلى الوارث إلا ان هذا يتم في الهبة بلا عوض لا فيما وهب لعوض ولم يسلم فأنه كالعين المباعة التي ثمنها باق عند المشتري ، وقوله والقياس على عدم بطلان الشفعة ظاهر أي في الاستدلال به هنا على عدم بطلان الرجوع كما لم تبطل الشفعة بموت المشتري أو الشفيع بعد الطلب الا انه لا يخفى ان الشفعة فيها معاوضة واضحة والكلام هنا في الهبة على غير عوض فلا يتم الالحاق .

(*) قوله أقاس قال في المختار قاس الشيء بغيره من باب باع ولا يقال أقاس.

لم يثب فيها ثم الرجوع وان كره مشروط بأن يكون ﴿ **مع بقائها** ﴾ أي الواهب والمتهب أما الواهب فلاستحالة رجوعه بعد موته واما المتهب فلأن انتقالها إلى ملك الوارث كالاستهلاك الحكمي ، واما الاحتجاج بحديث أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أرسل إلى النجاشي بهدية فمات النجاشي قبل وصولها إليه فرجعت إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فجعلها لنسائه أو لأم سلمة خاصة كما أخرجه الحاكم فلا ينتهض [١] لأنها إنما تملك بالقبول أو بالقبض على القولين ولا شيء منهما ، ولا بد أن يكون الرجوع ﴿ **في عين** ﴾ لا دين لأن هبته إبراء واسقاط وادعى المصنف الأجماع ، ولا بد من كون العين ﴿ **لم تستهلك حساً أو حكماً** ﴾ وقد عرفتها في البيع الفاسد وعرفناك ما عليه فلا نكرره ﴿ **و** ﴾ لا بد في صحة الرجوع من أن ﴿ **لا** ﴾ تكون العين الموهوبة قد ﴿ **زادت** ﴾ في يد المتهب زيادة ﴿ **متصلة** ﴾ كالسمن والكبر ، وقال الأمام يحيى والشافعي تلك الزيادة لا تمنع الرجوع ، لنا أن الرجوع ، إنما يستحق فيما شمله العقد وقد تعذر تمييزه قالوا غاية ما يلزم الراجع ما يلزم الشفيع في زيادة المشتري في الشفعة ثم تعذر التمييز ليس بمانع كما في مسألة الخلط ﴿ **و** ﴾ لا بد أيضاً في صحة الرجوع من أن ﴿ **لا** ﴾ تكون العين ﴿ **وهبت لله** ﴾ وادعى المصنف فيه الأجماع ثم قال إذ هو لأجل الأجر كالهبة على عوض ولا يخفى أن هذا دليل لجواز الرجوع إذ لم يشرط(*) الله تعالى على نفسه تعجيل أجر المحسن حتى يقال إن الواهب قد أثيب فلا رجوع له فلا يتمشى [٢] إلا على القول بعدم جواز الرجوع في مطلق الهبة لله او لغيره كما هو رأي الناصر والشافعي لا سيما والله أغنى [٣] عن هبة راجع وغير راجع وسيأتي في امتناع الرجوع عن الصدقة مثله ﴿ **أو** ﴾

---

(١) **قوله** : فلا ينتهض ، أقول : بعد تسليم صحة الانتهاض فما يتم إلا على الرجوع بموت الموهوب له فهو أخص من الدعوى .

(٢) **قوله** : فلا يتم إلا على القول بعدم جواز الرجوع في الهبة مطلقاً ، أقول : بعد ثبوت الأجماع فهو الدليل على امتناع الرجوع وتعليل المصنف للأجماع لا يبطله غايته أنا جهلنا سنده فلا يرجع عليه بخلل والأجماع على عدم جواز الرجوع في الصدقة كما قد ذكره أيضاً صاحب نهاية المجتهد والصدقة هي ما وهب لله تعالى ويأتي للشارح أن امتناع الرجوع فيها لكونها وهبت لله تعالى .

(٣) **قوله** : والله أغنى الأغنياء عن هبة راجع وغير راجع أقول : هو الغنى عن كل شيء ، والهبة لله تعالى أي لأجل ما وعد به من الأجر لا أنها تمليك كالهبة لزيد بالتمليك من الواهب فالهبة لله تعالى إنما هو لمن أعطاه العين وقبضها فهو من قسم الصدقة وتقدم عن صاحب نهاية المجتهد الأجماع على عدم الرجوع في

(*) وفي نسخة يشترط.

وهبت ﴿ **لذى رحم محرم** ﴾ نكاحه فأنه لا يصح الرجوع فيها وادعى المصنف الأجماع أيضاً وأسنده [١] إلى تضمن القربة فكأنه في الحقيقة هبة لله .

قلت أو لعوض [٢] قد استوفاه وهو نفس القرابة فانها علة باعثة مستقلة بنفسها وأما حديث «اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع» الحاكم من حديث سمرة والدار قطني من حديث أبن عباس مرفوعين فضعيفان يقويان بالنظر وأما قوله ﴿ **أو** ﴾ من ﴿ **يليه بدرجة** ﴾ فمنعه أبو حنيفة لتقييد الحديث بالمحرم وقواه [٣] المصنف ﴿ **الا الأب** ﴾ فانه يصح له

= الصدقة ثم قوله وغير راجع لا ريب أنه تعالى أغنى الاغنياء لكنه لم يشترط أحد في الهبة عدم غنى الموهوب له على ان الهبة لله تعالى هي الصدقة وهي معطاة لمن أمر الله تعالى بالصدقة عليه ، وعرفت ان قصة فرس عمر التي حمل عليها في سبيل الله تعالى ونهاه صلى الله عليه وآله وسلم عن شرائها قاض بأن النهي عن الرجوع فيما وهب لله تعالى بالأولى وأصل النهي التحريم وذلك لأنه وهبها لله تعالى ثم أراد شراءهافنهاه صلى الله عليه وآله وسلم عنه وسماه عوداً ورجوعاً اهـ .

هـ وفي نسخة يشترط

(١) **قوله** : وأسنده إلى تضمين القربة ، أقول أي جعل سند الأجماع تضمن الهبة للقربة ثم قال المصنف في البحر أنه لا يحتاج في الرحم إلى قصد الصلة ولا في الفقر الى قصد القربة لحصولها ما لم يفعل لفرض غيرها فيصح الرجوع حينئذٍ لتعذره فقط وقال عليه المنار هذا غير صحيح فأن الفعل الذي يقع على وجهين لا يتعين لأحدهما إلا بمعين وهو كون أحدهما هو الحامل عليه وذلك معنى القصد ، إنما لكل امرىء مانوى ، قال في الكواكب ، قال بعض المذاكرين لا يمتنع الرجوع إلا إذا قصد الواهب القربة وأشار إليه المؤ يد في موضع حيث قال يحلف الواهب ما قصد صلة الرحم فعلى هذا لا فرق بين صلة ذوي الرحم وغيره لأنه إذا قصد القربة امتنع الرجوع وإلا جاز هكذا حكاه الريمي عن الأمامية .

(٢) **قوله** : فيما تقدم ، أو لعوض قد استوفاه وهو نفس القرابة ، أقول : هذا بعيد فان الأقارب كالأباعد في إخراج المال إليهم لا لكون الفرض غير القرابة وفي الغالب والنادر لا حكم له بل ربما تسمح النفوس للأباعد دون الأقارب .

(٣) **قوله** : وقواه المصنف ، أقول : قال في المنار وأصل هذا يريد به إلحاق من يلي ذا الرحم المحرم بدرجة قول الهادي إن الزوجة إذا وهبت لزوجها لصلة الرحم التي بينهما لم يكن لها أن ترجع فلما جعله رحماً وزوجاً حملوه على ابن العم ونحوه مع ان ظاهره أن المراد بالرحامة بينهما الزوجية كما قال ابو حنيفة ، قال في الكواكب والزوجية ليست برحامة خلافاً لأبي حنيفة وكذلك قال الريمي عند الشافعية هبة الزوجين لازمة ليس لهما الرجوع فيها، اهـ فعلى هذا الحاقهم لذلك موافقة لكلام الهادي وكأنه لا

الرجوع ﴿ في هبة طفله ﴾ وقال المؤ يد وأبو حنيفة وأصحابه لا يجوز له الرجوع في هبته لطفل أو كبير ، لنا حديث «الا الوالد فيما يعطي ولده» قالوا هجرتم ظاهره بقصره على الطفل وذلك اهدار للعمل به فاستويا والتفاوت يسير فما هو جوابكم في الكبير فهو جوابنا في الصغير قلنا ولي التصرف في ماله ، قالوا بالمصلحة ولا مصلحة ، وقال المنصور والشافعي يثبت الرجوع في الكبير والصغير وقواه [1]المصنف ،قلنا حديث «اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع» والكبير ذو رحم فحملنا حديث الولد على الطفل جمعاً بين الادلة ، قالوا غلب أسم الرحم على غيره فهو حقيقة عرفية لغوية فيما عداه ولو سلم فالولد أخص من الرحم فخص حديث الرحم بحديث الولد لا سيما مع حديث «انت ومالك لابيك» تقدم ﴿ وفي ﴾ صحة رجوع ﴿ الأم ﴾ فيما وهبت لطفلها ﴿ خلاف ﴾ ذهب في الأحكام والمؤ يد وأبو طالب والأمام يحيى الى منع رجوعها وقال ابنا الهادي والشافعي لها الرجوع .

احتج الأولون بأنه انما جاز الرجوع للأب لولايته ولا ولاية لها وأجيب [2] بأن الوالد

= يعمل بمفهوم محرم وعلى كلام صاحب المنار أنه يحتمل انه اراد الهادي أن الزوجية رحامة غير الرحامة الموصوفة بالمحرم في الحديث إلا انه يقل فائدة هذا الاحتمال ولأنه يحتاج أيضاً الدليل إلى الألحاق وإلى القول انه لا عمل بالمفهوم أيضاً ، واعلم انه قد بوب البخاري في صحيحه لهبة الزوجين وذكر عن ابراهيم النخعي عمر بن عبد العزيز انه لا رجوع لهما فيما وهبه أحدهما للآخر وقال الحافظ بن حجر انه ذهب إليه الجمهور وقد استدل البخاري بمفهوم العائد في هبته الخ ، وبحديث استئذانه صلى الله عليه وآله وسلم نساءه ان يمرض في بيت عائشة ووجه الحافظ الدلالة بانهن وهبن له ما استحقين من الأيام ولم يكن لهن الرجوع في ذلك أي فيما مضى وإن كان لهن الرجوع في المستقبل ا هـ وهذا الآخر كما ترى ثم قال وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال رأيت القضاة يقيلون المرأة فيما وهبت لزوجها ولا يقيلون الزوج فيما وهب لامرأته وفيه تفصيل بين ان يكون قد خدعها فلها الرجوع وإلا فلا وهو قول المالكية إن أقامت البينة على ذلك وقبل قولها مطلقاً ا هـ وكلام المالكية لا يخلو عن قوة نظراً إلى سرعة انخداع النساء .

(١) **قوله** : وقواه المصنف ، أقول : واختاره المنار وأيده بحديث « انت ومالك لأبيك » وقد رجحه الشارح ووافقه في الحكم والتأييد .

(٢) **قوله** : وأجيب الخ ، أقول : أجاب المصنف في البحر الا أنه قال عليه المنار لا يعمها وأما لفظ الوالدين فتغليب والتغليب مجاز ، ولا يصح الاطلاق عليها على جهة الانفراد كما لا يقال للشمس قمر ولا لأبي بكر عمر مع أنه يقال القمرين والعمرين ، وكأن شيخنا المتوكل على الله يجريها مجرى الأب لما

يعم الأب والأم بمنطوقه واستنباطه العلة اذا بطل الحكم بطل ﴿ و ﴾ الهبة ﴿ **ردها** ﴾ على واهبها ﴿ **فسخ** ﴾ لعقدها ، قال المصنف إن قبله الواهب تم الفسخ ، والا لم يتم كفسخ البيع بالتراضي .

قلت إذا أفتقر الى القبول كان ابتداء تمليك كما ذهب اليه المؤ يد بالله ، ولم يبق للخلاف محل لكشفه عن كون عقدها واجباً من جهة المتهب ﴿ و ﴾ الهبة لا بعوض ﴿ **تنفذ من جميع المال** ﴾ اذا وقعت ﴿ **في الصحة** ﴾ [١] من الواهب ، وقال في المنتخب لا تنفذ الا من الثلث مطلقاً ، لنا حديث «لا يحل [٢] مال امرىء مسلم الا بطيبة من نفسه» **وأجيب** [٣]

= ذكر ، وسألته بهذا السؤ ال فلم يجب بعد التمهل اهـ وفي المصباح الوالد الأب وجمعه بالواو والنون ، والوالدة الأم وجمعها بالألف والتاء والوالدان الأب والأم للتغليب .

(١) **قال** : في الصحة ، أقول : في نهاية المجتهد وقالت طائفة من السلف وجماعة من أهل الظاهر ، ان الهبة تخرج من رأس المال ، أي اذا وهب في مرضه ومات قال وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعني حال الاجماع ، وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في حال الصحة وجب استصحاب حال الأجماع في المرض الا ان يدل دليل من كتاب أو سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية ومراده بالحديث حديث «والثلث كثير» وهذا نقيض ما قاله المنتخب ودليل على سبق الاجماع كما قال المؤ يد لا كما قاله الشارح .

(٢) **قوله** : لا يحل مال امرىء مسلم ، أقول : لم يذكر من أخرجه وقد أخرجه أبو داود ومعناه متواتر .

(٣) **قوله** : وأجيب ، أقول : الشارح جنح الى اختيار كلام المنتخب الذي قيل انه خلاف الاجماع ، واستدل بحديث صاحب البيضة وصاحب الثوب ، ولا يخفى انه في غير محل النزاع ثم انه لو حمل على ظاهره لدل على النهي عن الصدقة مطلقاً وهو خلاف الثابت كتاباً وسنة فلا بد من تأويلها بأنه صلى الله عليه وآله وسلم علم أنهما إن أخرجا ذلك في الصدقة سألا الناس بعد ذلك وقد علم كراهته صلى الله عليه وآله وسلم للسؤ ال وحثه على العفة فأراد صيانتهما عما يكرهه ويكرهه الله تعالى ، وفي قوله لصاحب البيضة ثم يقعد يستكف الناس إشارة الى أنه العلة في النهي عن هبة جميع ما يملكه ، وأما صاحب الثوبين فما نالهما الا من يده صلى الله عليه وآله وسلم ولعله ما نالهما الا بعد سؤ اله صلى الله عليه وآله وسلم فعرف أنه يعاود الطلب وأما حديث «عن ظهر غنى» فغايته أنه دل أن صدقة من كان كذلك خير من صدقة من لم يبق له غنى مع اشتراكهما في الخيرية ، فما هنا دليل على المدعى فأن المفضول مأمور به ثم إنه يحتمل أن المراد بالغنى غنى النفس أي سماحتها بما بذلت به وعدم تبعها له وندامتها عليه كما يدل له حديث أبي هريرة «ليس الغنى عن كثرة العرض ولكن الغنى غنى النفس»

بأن «طيبة» مطلق مقيد بالنهي عن السرف كتاباً وسنة و بالقياس على النذر والوصية وعلى حديث جابر في الذي حذفه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ببيضة الذهب التي جاء يتصدق بها ، وقال «يأتي أحدكم بجميع ما يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد فيستكف الناس ، خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى» أخرجه أبو داود وأخرج هو والنسائي من حديث أبي سعيد ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم حث على الصدقة فطرح رجل أحد ثوبين كان وهبهما له النبي صلى الله عليه وآله وسلم فانتهزه وقال «خذ ثوبك» وحديث «خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وما أبقى غنى» متفق عليه من حديث حكيم بن حزام وعند البخاري وأبي داود والنسائي من حديث أبي هريرة . وكل ذلك [1] ظاهر في النهي عن التبرع بجميع المال وهو يدفع دعوى المؤ يد مخالفة الهادي للاجماع إذ لا تجمع الأمة على حسن منهى عنه ﴿ **والا فمن الثلث** ﴾ لأنها من التبرعات وسيأتي تحقيق ذلك في الوصايا ان شاء الله تعالى ﴿ **ويلغو شرط** ﴾ أي عقد على ما

= أخرجه أحمد والشيخان والترمذي وابن ماجه ، مع انه يعارضه حديث أبي هريرة عند أبي داود والحاكم «أفضل الصدقة جهد المقل» وحديث أبي أمامة عند الطبراني في الكبير «أفضل الصدقة سر الى فقير وجهد مقل» وفسره في النهاية بقدر ما يحتمله حال قليل المال .

(١) **قوله** : وكل ذلك ظاهر في النهي عن التبرع بجميع المال ، أقول : هذا غير محل النزاع فانه لا يدل على الاقتصار على الثلث كما هو المدعى وكأنه يقول قد ثبت النهي عن اخراج جميع المال ، وثبت الحث على الصدقة والهبة ، فلا بد من قدر يوقف عليه ، والأقرب الثلث قياساً على الوصية ، ويجاب بأنه يدل على جواز اخراج أكثر المال أو كثيرة من غير اقتصار على الثلث ما أخرجه النسائي وابن خزيمة وأبن حبان في صحيحه واللفظ له والحاكم ، وقال على شرط مسلم من حديث أبي هريرة ، قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم «سبق درهم مائة ألف درهم فقال رجل وكيف ذلك يا رسول الله قال رجل له مال كثير أخذ من عرضه مائة ألف درهم فتصدق به ورجل ليس له الا درهمان فأخذ أحدهما فتصدق به فهذا تصدق بنصف ماله» اذ الحديث أخبر بأنه ليس له الا درهمان ، بل أخرج الترمذي وصححه ابن خزيمة واللفظ له وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال على شرطهما من حديث الحارث الاشعري ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال «أوحى الله الى يحيى بن زكريا بخمس الى أن قال وآمركم بالصدقة» ومثل ذلك مثل رجل أسره العدو فأوثق يده الى عنقه وقربوه ليضربوا عنقه فجعل يقول هل لكم أن أفدي نفسي منكم وجعل يعطي القليل والكثير حتى فدى نفسه فأنه ظاهر في اعطاء المتصدق بجميع ماله قليله وكثيره في فداء نفسه من النار ، وفي حديث كعب بن مالك عند الشيخين انه قال «يا رسول الله ان من توبتي ان أنخلع من مالي صدقة الى الله ورسوله فقال أمسك عليك بعض مالك فهو خير لك» والأحاديث واسعة دالة على جواز اخراج كثير مال الأنسان أو أكثره والنهي يتوجه الى اخراج كل المال وعليه قوله تعالى (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط) .

﴿ **ليس بمال ولا غرض** ﴾ بمعنى أنه لا يفسد ﴿ **وإن خالف موجبها** ﴾ نحو أن يشرط أن لا يبيعها او أن لا يطأها ﴿ **والبيع ونحوه** ﴾ الصادران من الواهب لا بعوض للعين [١] ﴿ **ولو بعد التسليم** ﴾ الى المتهب ﴿ **رجوع** ﴾ منه عن الهبة ﴿ **وعقد** ﴾ للبيع ونحوه، وان كان بلفظ واحد كما تقدم في من جعل مهرها عتقها.

﴿ فصل ﴾

﴿ والصدقة كالهبة الا في ﴾

أنه يكفي في الصدقة ﴿**نيابة القبض**﴾ لها ﴿**عن القبول**﴾ باللفظ بخلاف الهبة ﴿**و**﴾ في ﴿ **عدم اقتضاء** ﴾ الصدقة ﴿ **الثواب** ﴾ من المتهب ﴿ **و** ﴾ في ﴿ **امتناع الرجوع فيها** ﴾ لما عرفت من امتناع الرجوع فيما وهب لله ﴿ **و** ﴾ اذا كانت الهبة أو الصدقة للوارث فانها ﴿ **تكره مخالفة التوريث فيهما** ﴾ وقال الناصر والأمام يحيى ومالك والشافعي وأبو يوسف المندوب التسوية بين الذكور والأناث ، لنا حديث النعمان بن بشير عند الجماعة كلهم ، قالوا ان أباه أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال أني نحلت ابني هذا غلاماً [٢] كان لي فقال صلى الله عليه وآله وسلم أكل ولدك أنحلته مثل هذا فقال لا فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اتقوا الله واعدلوا في اولادكم والعدل [٣] هو ما أمر الله به في الميراث وفي رواية فارجعه [٤] وفي أخرى «فلا تشهدني [٥] إذاً فأني لا أشهد على جور» وفي أخرى

---

(١) **قوله** : لا بعوض ، أقول : قيد بهذا القيد اذ السياق من أول الفصل في الهبة بلا عوض الا انه غير مراد للمصنف لان الهبة بعوض عنده تنفذ أيضاً من جميع المال بالأولى لأنها بيع في الحقيقة فيبيع ما شاء ولا يتوهم ان تقييد الشارح لأخراج ذلك .

فصل والصدقة

(٢) **قوله** : غلاماً ، أقول : هكذا في البخاري ومثله عند أبي داود وابن حبان وفي مسلم أيضاً أن الموهوب غلام ووقع عند ابن حبان والطبراني انها حديقة وجمع ابن حبان بين الروايتين بأن تحمل على واقعتين ، وتعقبه الحافظ ابن حجر وأتى بجمع أوجه من ذلك .

(٣) **قوله** : والعدل هو ما أمر الله به الخ ، أقول : واستدلوا أيضاً بأنه حظ الذكر والانثى من ذلك المال لو أبقاه الواهب في يده حتى مات واحتج غيرهم من القائلين بأن لا فرق بين الذكر والانثى بظاهر الأمر بالتسوية واستأنسوا بحديث ابن عباس الآتي «سووا بين أولادكم» .

(٤) **قوله** : فارجعه ، أقول : هذا لفظ البخاري ولمسلم «فأردده» .

(٥) **قوله** : فلا تشهدني ، اذا ، أقول : هو لمسلم بهذا اللفظ وله بلفظ «على جور» وفي أخرى له «فلا اشهد على جور أشهد على هذا غيري» ، وفي لفظ «ليس يصحح هذا فأني لا أشهد الا على حق» ، وعند

«أشهد على هذا غيري» ، وبهذه [1] الرواية اغتر المصنف وغيره بأن الكراهة للتنزيه قالوا لو كان محظوراً لما قال صلى الله عليه وآله وسلم «أشهد عليه غيري» .

وأجيب بأن تلك كناية عن مخالفته للناس في ذلك كما قال أمير المؤمنين كرم‌الله وجهه للدنيا «غري غيري» ، لم يرد أمرها بذلك ، وانما هو أمر في معنى الخبر ، وهو في كلام العرب

= النسائي «فكره أن يشهد» ، وفي لفظ لمسلم «اعدلوا بين أولادكم في النحل كما تحبون ان يعدلوا بينكم في البر» ولاحمد «ان لبنيك عليك من الحق ان تعدل بينهم فلا تشهدني على جور أتحب ان يكونوا اليك في البر سواء قال بلى قال فلا اذا» ، وعند أبي داود «لهم عليك من الحق ان تعدل بينهم كما ان لك عليهم من الحق ان يبروك» ، وللنسائي بلفظ «الاسويت بينهم» وله ولابن حبان «سوّ بينهم» وعند عبد الرزاق من حديث طاووس مرسلاً «لا أشهد الا على الحق لا أشهد على جور» ، قال الحافظ بن حجر بعد سرده لروايات هذه الالفاظ واختلاف هذه الألفاظ في هذه الصورة الواحدة يرجع الى معنى واحد .

(١) **قوله** : وبهذه الرواية اغتر المصنف وغيره ، أقول : هم الجمهور فأنهم ذهبوا الى ان المندوب التسوية فان فضل بعضاً على بعض صح ، الا انه مكروه ، وذهب احمد والبخاري وطاووس واسحاق والثوري وبه قال المالكية الى وجوب التسوية بين الاولاد في العطية ، ثم المشهور عنهم أنها باطلة ، وقال احمد تصح ويجب ان يرجع عنها ، ولما كان حديث النعمان ظاهرة الوجوب لانه الأصل في الأمر المفاد بقوله صلى الله عليه وسلم «اعدلوا» ، وظاهر النهي المفاد بقوله «فلا اذاً» التحريم وذلك ظاهر في غير رأي الجمهور وتصرفوا فيه بالتأويلات وذكروا عشرة أوجه في ذلك ، الأول انه وهب جميع ماله لبعض ولده وضعف هذا بأنه في نفس الحديث صرح بأن الموهوب غلام أو حديقة وأنه فعل ذلك لما سألته الأم الهبة لولده من بعض ماله ، ويعلم بالقطع ان له مالا غير ما وهب له ، ثانيها انه لم يكن بشير قد نجز الهبة لولده النعمان بل جاء مستشيراً للنبي صلى الله عليه وآله وسلم فأشار عليه بأن لا يفعل فترك ذلك ، حكاه الطحاوي ، قال الحافظ بن حجر وفي أكثر طرق الباب ما يؤيده ، قلت لكن يعكر عليه قوله «نحلت» وقوله صلى الله عليه وآله وسلم «أكل ولدك نحلت» ، وأرجعه ورده وقول النعمان. أن أباه أعطاه عطية فقالت زوجته لا ترضى حتى يشهد عليها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، وغير ذلك مما يدل أنه جاء مخبراً طالباً للشهادة منه صلى الله عليه وآله وسلم على ذلك لا مستشيراً ثم هب أنه جاء مستشيراً فقوله صلى الله عليه وآله وسلم «لا تفعل» ظاهر في نهى التحريم لا يخرجه كونه مشيراً في ذلك ، فالعجب من تسليم الحافظ لذلك ، ثالثها ان النعمان كان كبيراً ولم يكن قبض الموهوب له فجاز لأبيه الرجوع ، ورد بأن الذي تضافرت عليه الروايات أنه كان صغيراً وقبضه له أبوه لصغره هكذا ساقه ابن حجر ، وتقريره ان النهي للتنزيه فورد عليه انه لو كان كذلك لما أمره صلى

= الله عليه وآله وسلم بأرجاعه ، وأجيب بأنه لم يكن قد قبضه فلا رجوع حقيقة ولا يخفى ان هذا لم يرفع كون النهي للتحريم ولا ظهر لي وجهة، (رابعها) ان قوله أرجعه دليل الصحة ، وانما أمره بالرجوع لأن للوالد ان يرجع في هبة ولده ورد بأن الأظهر من قوله أرجعه أي لا تمض هذه الهبة المذكورة ولا يلزم من ذلك تقدم صحتها ، قلت ويبعده بأنها اذا قد صحت فلم يأمره ويرشده صلى الله عليه وآله وسلم الا الى الأفضل ، ولا ريب ان الأفضل عدم الرجوع وان جاز ،(خامسها) ما أشار اليه الشارح ان قوله «أشهد على هذا غيري» اذن بالاشهاد على ذلك وانما امتنع صلى الله عليه وآله وسلم لأنه الأمام فكأنه قال لا أشهد لأن من شأن الأمام أن يحكم لا ان يشهد ، ورد بأنه لا يلزم من كون الأمام ليس من شأنه ان يشهد ان يمتنع من تحمل الشهادة ولا عن أدائها ، قلت وهذا مبني على تسليم أن ليس من شأنه ان يشهد على انه تأويل ينافيه ما صرح به لفظه من قوله صلى الله عليه وآله وسلم «لا أشهد على جور لا أشهد الا على حق» ، فانه ظاهر في أنه صلى الله عليه وآله وسلم يشهد على الحق بل لا يشهد الا عليه وان منصب الأمامة لا ينافي ذلك ولو كانت العلة انه ليس من شأنه أن يشهد لتساوى فيه الحق وغيره ، فالتأويل غير صحيح لمنافاته النص فالحق ان الأمر هنا للتوبيخ وهو غير تأويل الشارح فانه حمل الأمر على معنى الخبر أي غيري الذي يشهد على هذا لا أن أنا مثل غيري يغتر بالدنيا ، اذ السياق لا يدل عليه ، وفي شرح العمدة لابن دقيق العيد في رد هذا الوجه ما لفظه وهذا ليس بقوى عندي لأن الصيغة وان كان ظاهرها الاذن الا انها مشعرة بالتغير الشديد عن ذلك الفعل حيث امتنع صلى الله عليه وآله وسلم من المباشرة لهذه الشهادة معللا بأنها جور فتخرج الصيغة عن ظاهر الأذن بهذه القرائن ، ومما يستدل به على المنع أيضاً قوله «اتقوا الله» فأنه يؤذن بأن خلاف التسوية ليس بتقوى وأن التسوية تقوى ،(سادسها)أن قوله الا سويت بينهم يدل على أن الأمر للاستحباب ، والنهي للتنزيه ورد بأن هذه الصيغة وردت بلفظ الأمر «سو بينهم» وبأن الالفاظ غيره آكد وأصرح في الدلالة مما دلت عليه هذه اللفظة ،(سابعها)ان عند مسلم «قاربوا بين أولادكم» لا «سووا» ورد بأن المخالفين لا يوجبون المقاربة كما لا يوجبون التسوية ، قلت وأيضاً فرواية التسوية أكثر فهي أرجح وبها يفسر رواية قاربوا بمعنى سووا (ثامنها)ان التشبيه الواقع في التسوية بينهم في الهبة بالتسوية بينهم في بر الوالدين قرينة تدل على أن الأمر للندب ، ورد بأن اطلاق الجور على عدم التسوية وقوله «لا اشهد الا على حق» ، وقوله «فلا اذاً» لا تقاومه تلك القرينة. (عاشرها)أن أبا بكر وعمر عملا في نحلتهما لبعض أولادهما بعدم التسوية بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، وذلك قرينة ظاهرة على ان الأمر للندب ، ورد بأن ذلك كان يرضى اخوة الموهوب له ذكر هذه الأجوبة الحافظ بن حجر في فتح الباري ، واذ تحققت هذه الاجوبة ظهر لك قوة ما ذهب اليه احمد وغيره، ويظهر اختيار الشارح لوجوب التسوية على حسب التوريث ولا يعزب عنك ان أصل بحث الشارح ومقاولته في هل يندب التسوية على حسب الارث أو غيره ؟ ثم انجر كلامه الى بحث هل الأمر للايجاب والنهي للتحريم اولا ، وأختار انه للتحريم ، وأنها تجب التسوية حسب الميراث ، ولا يعزب عنك ان الظاهر من الحديث التسوية في النحلة غير ملاحظ فيها

أكثر من أن يحصى ، وأيضاً (١) لو كان أمراً لكان دليلاً على اقتضاء النهي الفساد كما يستلزمه رواية «فأرجعه» ، لأنها مثل قوله في حديث طلاق البدعة مره فليراجعها قالوا حديث «سووا بين أولادكم في العطية فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء» ، الطبراني من حديث ابن عباس مرفوعاً ، قلنا (٢) في اسناده سعيد بن يوسف الشامي ضعيف قالوا قال ابن عدى في الكامل لم ينكر عليه غير هذا ، قلنا لو كنت مفضلاً لفضلت (٣) البنات ظاهر في الأمر بما أمر الله به ، وأما ما يروى بعد لفظ العطية من زيادة ولو في القتل فزيادة منكرة ، وأحترز بقوله ﴿**غالباً**﴾ عما لو فضل أحدهم لزيادة بره له أو لكثرة عوله أو نحو ذلك **وبالجملة** لمقتضى غير البنوة ﴿ **والجهاز** ﴾ الذي يحمل مع العروس من بيت أبيها ﴿ **للمجهز** ﴾ لها ولا وجه لقوله ﴿ **الا لعرف** ﴾ لأن الكلام فيما لا يقترن بأيجاب ولا قبول ، وانما هو مجرد حمل الشيء معها ،

= حسب التوريث، بل هو تقييد لاطلاقه بغير دليل ناهض ، وقد استوفينا الكلام على ذلك في المسائل المهمة في ما تعم به البلوى حكام الأمة .

واعلم ان أقوى أدلة الجمهور أن الأصل المقطوع به ان المالك مطلق التصرف في ماله يهبه لمن يشاء كيف يشاء اذ هذا معنى كونه مالكاً ، وأجيب بأن هذا الأصل متفق عليه ، ولكنه خصصه الشارع بالهبة والتمليك لمن ذكر ، فعملنا بالخاص جمعا بينه وبين ذلك الأصل ، وأنتم حملتم الأمر على الندب بقاء على ذلك الأصل ، فان قيل هل يلحق بذلك الوقف فيمنع على بعض الورثة دون بعض ؟ قلت لا يتم إلحاقه الا بالقياس لأن هذه المناهي واردة في خاص هو النحلة كما سمعته في قوله «اعدلوا بين أولادكم في النحل» ، والالحاق بالوقف بالقياس لا يتم لوجود الفارق بأن هذا رقبته لله تعالى لا للموقوف عليه فلا يقوى على خروجه عن ذلك الأصل المتفق عليه وإن كان ملاحظة المعنى الذي لاجله وقع الغنى عن التخصيص يقتضي الحاق الوقف الا أنه عارضه وجود الفارق وللناظر فيه متسع .

(١) **قوله** : وأيضاً لو كان أمراً الخ ، أقول : أي لو كان قوله «أشهد» أمراً لكان دليلا على أن النهي المفاد لقوله فلا اذاً لا يقتضي الفساد لأن قوله أرجعه يكون دليلا انه قد رجع كما أنكم قلتم قوله صلى الله عليه وآله وسلم لابن عمر أرجعها دليل الوقوع لا أنه أمره باشهاد غيره وهذا لا يتم الا اذا كان أهل المذهب يقولون أنه يقتضي الفساد حتى يرد عليهم أنه لا يصح حمل الأمر على الحقيقة ، ولهم أن يقولوا هو يقتضيه ظاهراً فأذا قام ما يصرفه عنه أتبع .

(٢) **قوله** : قلنا في اسناده سعيد بن يوسف وهو ضعيف ، أقول : هكذا في التلخيص لكن في فتح الباري أنه رواه عبد الرزاق وسعيد بن منصور من طريقه واسناده حسن .

(٣) **قوله** : لفضلت البنات ، أقول : اللفظ في الرواية النساء كما قال الحافظ في التلخيص .

فلو جعلنا العرف كافياً في الملك لما أشترط في ملك الهبة إيجاب ولا قبول ﴿ و ﴾ هذا انما هو حكم ﴿ الهدية ﴾ لأنها ﴿ فيما ينقل ﴾ و ﴿ تملك بالقبض ﴾ بدون ايجاب ولا قبول وأدعى المصنف الأجماع ، وما يروى [١] عن الشافعي من احتياجها الى لفظ فمراده لفظ من المهدى يدل على الهدية لا مجرد اقباض ما لا يشعر بانه هدية لان مثله [٢] لا يخفى عليك بعث الملوك الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالهدايا كسرى عند احمد والترمذي والبزار من حديث علي وأُكَيْدِرِ دُومةَ [٣] في الصحيحين من حديث أنس أنه أهدى للنبي صلى الله عليه وآله وسلم حلة سندس [٤] وعند أبي داود أن ملك الروم أهدى الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم مستقة [٥] سندس فلبسها وفيه ان ملك [٦] ذي يزن أهدى النبي صلى الله عليه وآله وسلم حلة أخذها بثلاثة وثلاثين بعيراً وفيها - عن علي عليه السلام أن أكيدر دومة أهدى للنبي صلى الله عليه وآله وسلم ثوب حرير فأعطاه علياً عليه السلام وقال أشققه خمراً بين

---

(١) **قوله** : وما يروى عن الشافعي الخ ، أقول : بوب البخاري بما اذا وهب هبة وقبضها الموهوب له ولم يقل قبلت جاز ، ونقل ابن بطال في شرحه اتفاق العلماء وأن القبض في الهبة هو غاية القبول قال عليه الحافظ ابن حجر غفل عن مذهب الشافعي فأنه يشترط القبول في الهبة دون الهدية ثم ذكر أن اشتراط القبول وجه عند الشافعية ، وبه تعرف ان توجيه الشارح غير صحيح اذ النزاع في القبول من المهدى اليه لا في لفظ المهدي .

(٢) **قوله** : لان مثله ، أقول : أي الشافعي لا يخفى عليه تعدد الاهداء اليه صلى الله عليه وآله وسلم من الآفاق ولم يرد فيه لفظ في القبول وهو دليل على عدم اشتراطه .

(٣) **قوله** : أُكيدِرِ دُومة ، أقول : بضم الهمزة ودال مهملة آخره راء مصغر أكدر ودومة بضم المهملة وسكون الواو ما بين الحجاز والشام وهي دومة الجندل مدينة بقرب تبوك بها نخل وزرع وحصن على عشر مراحل من المدينة كان أكيدر ملكها وكان نصرانياً .

(٤) **قوله** : سندس في القاموس بالضم ضرب من البزيون ، وقال : في البزيون انه السندس وهذه قاعدته في الدور وهو مما يعاب به ، قال أو ضرب من رقيق الديباج معرب بلا خلاف .

(٥) **قوله** : مستقة ، أقول : بضم الميم وسكون السين المهملة ومثناة من فوق مفتوحة وتضم فروة طويلة الكم معربة أفاده القاموس .

(٦) **قوله** : ان ملك ذي يزن ، يزن بمثناة آخر الحروف تحتانية والزاي والنون اسم وادي باليمن وذي بمعنى صاحب وهو الذي حمى الوادي وهو من ملوك حمير فالملك ذي يزن فما كان يحسن زيادة ملك في كلام الشارح فلفظ ملك مستدرك أو الأضافة بيانية .

الفواطم[١] وعند البخاري ان ابن العلماء أهدى للنبي صلى الله عليه وآله وسلم برداً وجاء رسول صاحب أيلة [٢] الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بكتاب وأهدى له بغلة بيضاء ، وفي مسلم أهدى قروة الجذامي الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بغلة بيضاء ركبها يوم حنين ، وروى الحربي وأبو بكر ابن خزيمة وابن أبي عاصم من حديث بريدة ان أمير القبط أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جارية وبغلة وكان يركب البغلة في المدينة واحدى الجاريتين لنفسه ووهب الاخرى لحسان .

قلت وكان الجاريتان اختين احداهما مارية أم ولده صلى الله عليه وآله وسلم والتي وهبها لحسان اسمها شيرين ﴿ و ﴾ الهدية حقها ان ﴿ **تعوض** ﴾ لحديث عايشة عند البخاري وأبي داود والترمذي كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقبل الهدية ويثبت عليها وتقدم حديث يبتغي بها وجه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضاء الحاجة، وحديث أن أعرابياً من بني فزارة أهدى للنبي صلى الله عليه وآله وسلم بكرة فعوضه بها ست بكرات فتسخط فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لقد همت ان لا أقبل، وفي رواية وأيم الله لا اقبل هدية الا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي أحمد وابن حبان من حديث ابن عباس وأبو داود والترمذي والنسائي من حديث ابي هريرة رضي الله عنه وصححه الحاكم على شرط مسلم .

(١) **قوله** : بين الفواطم ، أقول : في النهاية أراد بهم فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم زوجة علي وفاطمة بنت أسد أمه وفاطمة بنت حمزة عمه .

(٢) **قوله** : صاحب أيلة ، أقول : هو بفتح الهمزة وسكون التحتانية بلد معروف بساحل البحر في طريق المصريين الى مكة . فائدة أخرج موسى بن عقبة في المغازي بأسناد قال فيه الحافظ ابن حجر رجاله ثقات أن عامر بن مالك الذي يدعى ملاعب الأسنة قدم على النبي صلى الله عليه وآله وسلم وهو مشرك فأهدى له هدية ، فقال صلى الله عليه وآله وسلم «اني لا أقبل هدية من مشرك» وأخرج أبو داود والترمذي وصححه قال انه صلى الله عليه وآله وسلم قال «اني نهيت عن زَبْدِ المشركين» والزبد بفتح الزاي وسكون الموحدة الرفد ، فهذان يعارضان هذه الاحاديث التي ردها الشارح وقد أختلف في الجمع بينها فقال الطبري ان امتناعه صلى الله عليه وآله وسلم فيما أهدى له خاصة والقبول فيما أهدى للمسلمين ، ورد بأن من جملة أدلة الجواز ما أهدى له صلى الله عليه وآله وسلم خاصة ، وقال غير الطبري أنه صلى الله عليه وآله وسلم قبل هدية من يريد بهديته التودد والموالاة والقبول في حق من يرجى تأنيسه وتأليفه على الاسلام ، قال الحافظ ابن حجر وهذا أقوى من الأول ، وقيل يحمل القبول على من كان من أهل الكتاب والرد على من كان من أهل الأوثان ، وفيه أجوبة غير هذا لا تخلو عن مقال .

قلت إلا أن الفعل لا يدل على الوجوب غاية الأمر أن يكون موضوع الهدية اقتضاء الثواب فتكون هبة على عوض مضمر فان علمه المستهدي كان قبوله للهدية مستلزماً لاستحقاق المهدي له وإلا وجب تعويضه ﴿ **حسب العرف** ﴾ لما عرفناك من أن العادة تخصص العموم وتقيد المطلق وهي لا تنضبط[١] ومرجعها إلى القرائن والتجديد بحد معروف تحكم ﴿**و**﴾ الهدية ﴿ **تحرم** ﴾ إذا كانت ﴿ **مقابلة لواجب أو محظور مشروط أو مضمر كما مر** ﴾ في الأجارة فلا نكرره .

تنبيه حديث هدايا الأمراء غلول[٢] عند البيهقي من حديث ابن حميد وعند الطبراني من حديث جابر وعنده من حديث أبي هريرة وفي أسانيدها ضعف منجبر بما عند أبي داود والحاكم من حديث بريدة أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال « أيما عامل استعملناه وفرضنا له زرقاً فما

---

(١) **قوله** : ـ وهو لا ينضبط ، أقول : أي العرف بل مرجع ذلك الى القرائن ، وفي تقدير العوض أقول قيل يثيبه حتى يرضى كما فعله صلى الله عليه وآله وسلم في الذي أهدى إليه البعير وقيل قدر القيمة فقط كسائر المعاوضات أو ما يعتاد في مثله إذ هو العرف ، واختاره المنار فقال العرف يخالف بين الهدايا بحسب حال المهدي والمهدَى اليه فانه ان كان الغرض الطمع والتحصيل كما يهدي المتكسب للملك يتحفه بشيء يرجو فضله فلو اقتصر الملك على قيمته ذم وهو دليل الوجوب بل إما أثابه بأكثر بحسب حالهما وإما لم يقبل هديته وإن كان غرض المُهدى إنما هو تحصيل الاتصال بينهما والمخالقة الحسنة وتصفية ذات البين أجزى أي شيء قل أو كثر بل قد يكون الأقل أنسب لاشعاره بأنه ليس الغرض المعاوضة بل تكميل المودة وأنه لا فرق بين ما يملك أو أملك [أَنَا مَنْ أَهْوَى وَمَنْ أَهْوَى أَنَا] وأما قدر القيمة على جهة الاستقصاء فمنافٍ لما شرعت له الهدايا من المودة والمواصلة المستمرة ، وإنما يجري في صورة عائدة الى المعاوضة كثيراً ما يقع من نحو التاجر من كساد بضاعته في محل غربته ونحو ذلك وقد تقدم بعض هذا .

(٢) **قوله** : ـ غلول ، أقول : في النهاية الغلول الخيانة في المغنم والسرقة وكل شيء من خان في الشيء فقد غل سميت غلولاً لأن الأيدي منها مغلولة أي ممنوعة مجعول فيها الغل وهي الحديدة التي تجمع يد الأسير الى عنقه .

أصاب[1] بعد رزقه فهو غلول » . وعند الخطيب في تلخيص المتشابه بلفظ هدايا العمال سحت خبيث كل ذلك ظاهر في أن ما يعطي للعامل ، إما رشوة لأنه إنما يعطى طمعاً في عدله وخيفة من جوره فيكون رشوة على فعل ما يجب عليه من فعل أو ترك كما يعطي للحاكم وأما بيت مال لأنها تقتضي الثواب كما تقدم من حديث ، فإنما يطلب بها وجه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضاء الحاجة ، والعامل لا يثيب من نفسه وإن أثاب من ولايته كان المعوض لمالك العوض وهو بيت المال ، وأما ما يهدي للأمام فانه لما لم يكن فوق يده يد كان له القبض لبيت المال والأثابة منه والانتفاع بما يحتاج اليه لخاصته كما كان من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من لبس ثياب الهدية وركوب دوابها على الخلاف في روايات إثبات ذلك عنه وعدمه كما تقدم في الكلام على ما أخذ بالرعب كما أجلى أهله عنه بلا إيجاف فان هدايا الأئمة من ذلك القبيل ، ولهذا كان المؤيد بالله أحمد بن الحسن عليه السلام لا يقبل هدية بعد الدعوى ممن لم

---

(١) **قوله** : ـ فما أصاب ، أقول هو عام لكل ما يصيبه في ولايته فيما تحت يده وفيه أيضاً هلا قعد في بيت أمه لينظر أيهدي له أم لا ؟ ، ثم لا يخفي أنه لا فرق بين الأمام وغيره فان الأمام من الأمراء بل هو أصلهم الذي تفرعوا عنه فإن كانت الهدية له مطلوباً بها مال ومكافأة وغالب من هذه هديته من لا يتعلق له بعمل بل كالأعراب ونحوهم من الوفاد فالأمام هنا كغيره تجب عليه المكافأة من بيت المال إن كان في ذلك مصلحة كهدايا الملوك بعضهم لبعض فان في قبولها والمكافأة عليها مصلحة وتأليف وتسكين لما يخشى من منافرة القلوب العائدة بالضر العام أو الخاص به وتكون الهدية لبيت المال بمثابة ما يشتريه لبيت المال في الطرف الأول وفي هذا الطرف وإن عاوض من ماله كانت له ، وأما غير الأمام من المصدق ونحوه فإن أذن له الأمام بالقبول والأثابة مما تحت يده من بيت المال جاز له القبول والأثابة وكان وكيلاً للأمام وإن لم يأذن له فلا يجوز له وإن كانت ممن يتقلد الأعمال أو يخاف سطوته ويريد بها دفع شره أو إسقاط واجب عليه فانها لا تحل له وعلى هذا يحمل حديث « هدايا الأمراء غلول » وسواء فيها الأمام وغيره ، وأما ما أُهدِي له صلى الله عليه وآله وسلم فانها من القسم الأول إن كانت من مسلم كبعيري الأعرابي فان الظاهر انه مسلم وأراد المعاوضة وإن كانت من غيره كهدايا ملوك الأطراف الذين هادوه فالظاهر أن قبوله لذلك ليس لأنه هدية بل لأن ما في أيديهم من الأموال مباحة لأهل الاسلام فانهم أهل حرب ومن هنا يتخرج جواب عن الأحاديث التي سلف تعارضها في قبوله صلى الله عليه وآله وسلم بعض هدايا المشركين ، وإخباره بأنه لا يقبل زبد المشركين وعلى هذا يخرج أحاديث « هدايا الأمراء غلول » وأحاديث قبوله صلى الله عليه وآله وسلم وأما رد المؤيد لما أهدى بعد الأمامة فسد للذريعة لأنه قد يكون بعضها بل أكثرها من القسم المحظور .

يكن يهدي له قبلها ﴿ **ولا يصح هبة عين لميت** ﴾ لافتقار الهبة الى القبول وقد تعذر منه وأما هبة الدين فقد عرفت أنها إسقاط لا تحتاج الى القبول ﴿ **إلا** ﴾ أن يصير الواهب الهبة ﴿ **إلى الوصي** ﴾ الذي أوصاه الميت بقبول ما وهب له ﴿ **لكفن أو دين** ﴾ فإن ذلك وإن كان توكيلاً في الحقيقة والوكيل ينعزل بموت الأصل فقد خصوا منه ما علق التوكيل بما بعد الموت للضرورة ﴿**و**﴾ إذا اختلف الواهب والمتهب كان ﴿ **القول للمتهب في نفي الفساد** ﴾ كما تقدم في البيع وغيره ، واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما لو ادعى الواهب أنه وهب زائل العقل والغالب من حاله ذلك فان القول قوله ﴿**و**﴾ كذا القول قول المتهب في نفي ﴿ **شرط العوض** ﴾ في اللفظ ﴿**و**﴾ في نفي ﴿ **إرادته** ﴾ أي إرادة الواهب له لكن هذا[١] إنما يتمشى حيث لا يكون الأصل في الهبة عدم اقتضاء الثواب على التفصيل الماضي وحيث التنازع أيضاً . ﴿**في**﴾ الموهوب ﴿**التالف**﴾ وأما في الباقي فالقول قول الواهب لأن له الرجوع ﴿**و**﴾ إذا اختلفا في ﴿ **أن الفوائد من بعدها** ﴾ كان القول للمتهب أيضاً لأن اليد يده عليها ﴿ **إلا لقرينة و** ﴾ لو ادعى الواهب أن المتهب لم يقبل كان القول قول المتهب في ﴿ **أنه قبل إلا أن يقول الشهود بها ما سمعنا** ﴾ القبول فالأصل عدمه ﴿**أو**﴾ يقول ﴿ **الواهب وهبت لك** ﴾ ﴿ **فلم تقبل واصلاً كلامه** ﴾ فإن القول قول الواهب ﴿ **عند المؤيد بالله** ﴾ وهو ضعيف لأن القبض قرينة القبول والظاهر مع المتهب .

﴿ فصـل ﴾

﴿**و**﴾ **من الهبة بغير لفظها ما يسمى** ﴿**العمرى** [٢] **والرقبى**﴾ نحو أن يقول أعمرتك أو

---

(١) **قوله** : ـ لكن هذا إنما يتمشى الخ ، اقول : قد أورد في الغيث سؤ ال حيث قال فان قلت يكون القول قول المتهب في التالف وقد قلتم أن الهدية تقتضي الثواب ؟ قلت أجابوا عن هذا بجوابين أحدهما أنها لا تقتضي الثواب إلا فيما بينه وبين الله تعالى ، الثاني ذكره الفقيه ح أنها تقتضي الثواب إذا كان باقياً لأن ما يدعيه هو مال نفسه لا إذا كان تالفاً فلا يقتضي الثواب لأن ما يقتضيه حينئذ فهو من مال المتهب فعليه البينة في التضمين .

(٢) **قوله** : ـ **فصل والعمرى** : أقول : في فتح الباري إنها بضم المهملة وسكون الميم مع القصر وحكي

أرزقتك داري هذه أو نحوها وتقع ﴿ مؤيدة ﴾ نحو أن يقول أعمرتكها أبداً ﴿ ومطلقة ﴾ عن ذكر[١] الأبد وهاتان ﴿ هبة يتبعها أحكامها ﴾ الماضية لحديث[٢] « العمرى ميراث لأهلها » مسلم من حديث جابر وأبي هريرة وعند أحمد والترمذي من حديث سمرة وابن حبان من حديث زيد بن ثابت بلفظ « العمرى سبيلها الميراث » وعند مسلم من حديث جابر أيضاً أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي أعطيها لا ترجع الى الذي أعطاها لأنه[٣] أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ﴿و﴾ أما إذا كانت ﴿ مقيدة ﴾ بمدة معلومة فان كانت هي مدة

= بضم الميم مع ضم أوله وحكي بفتح أوله مع السكون من العمر والرقبى بوزنها من المراقبة لأنهم كانوا يفعلون ذلك في الجاهلية فيعطي الرجل الدار ويقول قد أعمرتك إياها أي أبحتها لك مدة عمرك فقيل لها عمري لذلك ، والرقبي مأخوذة من المراقبة لأن كلا منهما يرقب حتى يموت الآخر فيرجع إليه .

(١) **قوله** : ـ عن ذكر الأبد ، أقول : وعن التقييد بشرط أو وقت قال في فتح الباري بعد سرد الأحاديث فيجتمع من هذه الروايات ثلاثة أحوال أحدها أن يقول « هي لك ولعقبك » فهذا صريح إنها للموهوب له ولعقبه ، ثانيها ان يقول « هي لك ما عشت فاذا مت رجعت إلي » فهذه عارية موقتة وهي صحيحة فاذا مات رجعت الى الذي أعطى وقد ثبتت هذه والتي قبلها رواية الزهري يريد ما أخرجه مسلم من طريق معمر عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر إنما العمري التي أجاز رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يقول « هي لك ولعقبك ، فأما لو قال هي لك ما عشت فانها ترجع الى صاحبها » ، قال معمر كان الزهري يفتي به ، قال الحافظ ابن حجر وبه قال أكثر العلماء ورجحه جماعة من الشافعية والأصح عند أكثرهم أنها لا ترجع إلى الواهب واحتجوا بأنه شرط فيلغي ، لفظ الفتح شرط فاسد ملغى . تمت ثالثها أن يقول أعمرتك ويطلق لرواية أبي الزبير تدل على أن حكمها حكم الأولى وأنها لا ترجع الى الواهب يريد برواية أبي الزبير ما أخرجه مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر قال جعل الأنصار يعمرون المهاجرين فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « أمسكوا عليكم أموالكم لا تفسدوها فانه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حي وميت ولعقبه » .

(٢) **قوله** : ـ لحديث « العمري ميراث لأهلها » ، أقول : لا دلالة على أن المراد بها المؤ بدة أو المطلقة كما أن الحديث الثاني كذلك بل ظاهره العموم ، نعم الحديث الثالث « من أعمر له ولعقبه » ظاهر في المؤ بدة .

(٣) **قوله** : ـ لأنه أعطى عطأ وقعت فيه المواريث، أقول في العدة حاشية العمدة أنه صحح مسلم والنسائي في بعض وفي بعض روايتهما أن هذا اللفظ مدرج من كلام أبي سلمة راوي الحديث وقريب منه في فتح الباري .

العمر كما هو مدلول لفظ العمري فعلى المذهب عارية كما سيأتي وقال الفريقان [١] عمرى موروثة ، لنا حديث جابر عند مسلم بلفظ «إنما العمرى التي اجاز رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يقول هي لك ولعقبك ، وأما إذا قال هي لك ما عشت فانها ترجع الى صاحبها ، وتقدم حديثه أيضاً بلفظ «أيما رجل أعمر عمري له ولعقبة» وهو صريح في أنه لو لم يذكر ولعقبه رجعت الى المالك ، قالوا عائد على جعلكم المطلقة هبة بالنقض [٢] والحق ما ذهب اليه الفريقان من أن التقييد بمدة العمر هو حاصل مدلول العمرى المطلقة لغة فهو كالوصف الكاشف والمطلقة [٣] هبة بالاتفاق ولولا ذلك لما كان للنهي عن الأعمار وجه ، وقد ثبت عند مسلم من حديث جابر مرفوعاً بلفظ « أمسكوا عليكم أموالكم لا تفسدوها فان من أعمر عمرى » الحديث ولأبي داود والنسائي « لا ترقبوا ولا تعمروا فمن أرقب شيئاً ، أو أعمر فهو لورثته » إذ لا ينهى عن العارية وإنما أراد [٤] صلى الله عليه وآله وسلم بالنهي إرشادهم وتحذيرهم عن

---

(١) قال : ـ قال الفريقان ، عمري موروثة ، أقول : تقدم عن فتح الباري أنّ أكثر الشافعية يقول إنها ترجع الى صاحبها فكأن النقل عن الفريق الآخر من الشافعية نظراً الى الراجح عندهم والأصح .

(٢) قوله : ـ بالنقض ، أقول : وذلك لأنكم حكمتم للمطلق عن القيد بحكم المقيد بالأبد وقد قلتم إذا لم يقل ولعقبه رجعت الى المالك والمطلقة ينبغي أن يكون الحكم فيها الرجوع الى المالك .

(٣) قوله : ـ والمطلقة هبة بالاتفاق ، أقول : فكذا ما قيد بوصف كاشف هو كالمطلقة والتقييد لمدة العمر كاشفة فيجتمع الثلاث المؤ بدة والمطلقة والمقيدة بمدة العمر فقط في الحكم وهو أنه لمن جعلت له وقول جابر إنه إذا قال « ما عشت » يرجع غير صحيح لأن غايته اجتهاد من جابر .

(٤) قوله : ـ إنما أراد صلى الله عليه وآله وسلم بالنهي إرشادهم ، أقول : هذا حسن جداً وقد اختلف في النهي هل هو للتحريم أو للارشاد ، وإلى ماذا يتوجه كما ذكر ذلك ابن حجر في الفتح ، واختير أنه للارشاد الى حفظ الأموال ، والقرينة الصارفة عن التحريم ما ذكر في آخر الحديث من بيان حكمه وصريح قوله « العمري جايزة » وعند الترمذي من حديث « العمري جائزة لأهلها والرقبي جائزة لأهلها » ، هذا وفي المنار الظاهر أن الأحاديث منصرفة الى ما كانوا يفعلون وهو جعلها له مدة عمره ثم يرجع الى المعمر فأبطل صلى الله عليه وآله وسلم التوقيت فعم ذلك ما قسموها إليه من عندهم لأن مدة العمر نفس مدتها فالمقيد بأقل من ذلك ليس من باب العمري ولا ينصرف إليها الكلام لأنها ليست مدة العمر والمؤ بدة يناقضه إن أريد أبداً بعد موتهما إذ ليس ذلك من العمر ، والمقيدة بالعمر كله هي المرادة وقد حكم صلى الله عليه وآله وسلم بأنها للمعمر حياته ولعقبه بعد وفاته لأن سبيلها سبيل الميراث .

الوقوع في تمليك لم يظنوه تمليكاً وبذلك يندفع ما توهمه جابر في قوله إنما العمرى الى آخره ، وإن كانت[1] مقيدة بغير عمر نحو سنين معدودة فانما هي ﴿ **عارية** ﴾ إتفاقاً قال وحينئذ ﴿ **تتناول** ﴾ هذه المقيدة ﴿ **إباحة** ﴾ الانتفاع بالفوائد ﴿ **الأصلية** ﴾ كالصوف واللبن ﴿ **مع الفرعية** ﴾ كالركوب والسكنى لا أخذ العوض عليها لأن العمرى المؤقتة بمدة معلومة مجرد إباحة للانتفاع لا تمليك للمنافع ﴿ **إلا الولد** ﴾ فلا يجوز استهلاكه .

قال المصنف لأنه كالجزء من أمه وفيه نظر لأن الفوائد الأصلية كلها كالجزء فتخصيص الولد بلا مخصص ولو أجيب[2] بأن العمرى والرقبى واردتان في الشجر لوجب إما قصر الحكم[3]

---

(١) **قوله** : ـ وإن كانت مقيدة بغير العمر بنحو سنين معدودة ، أقول : أجاد الشارح في التصرف في عبارة المصنف وتفريق احكام القيود تبعاً للدليل وإن خالف إرادة المصنف فانه لا فرق عنده بين التقييد بالعمر وبالسنين المعدودة في أن الكل عارية واستدل لذلك في البحر بقوله صلى الله عليه وآله وسلم « من أعمر له ولعقبه » ، قال فمفهوم قوله ولعقبه أنه لو لم يذكره رجعت الى المالك بغير موت المعمر ولأن التقييد يقتضي أنه لم يخرجها عن ملكه بل أعارها ، قال عليه المنار وهذا مفهوم اللقب الذي قال فيه المصنف في الغيث لا يأخذ به أحد من حذاق العلماء فرضي به لنفسه هذا لتقويم كلام أهل المذهب لأنه على زعمه إذا قال فهو له لزم أن لا يكون لورثته والظاهر خلاف ما قال ، إنما أراد صلى الله عليه وآله وسلم المبالغة في بيان خروجها عن ملك المعمر وأنها للمعمر حياته وتصير لورثته كما في الرواية الأخرى سبيلها سبيل الميراث وفي رواية ميراثاً لأهلها وفي رواية حياً وميتاً وفي رواية فأنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها وفي رواية حياته ومماته ففنن العبارة وهي مؤدية لمعنى واحد للمبالغة في قطع ما كانوا عليه فكيف يبالغ صلى الله عليه وآله وسلم في قطع أمر ثم نصله نحن ونقول التقييد يقتضي أنه لم يخرجها عن ملكه ، فنقول نعم بل قد حصرنا معنى العمري بحسب عادتهم على ذلك بدليل الاشتقاق لكن الشارع ألغى تقييدها مع إرادة ذلك بالعبارات الملونة ، وأنت عمدت الى ما هو العمري على الحقيقة وهو قوله هي لك مدة عمرك أو مدة عمري ، وأخرجتها عن الحكم النبوي المؤكد أبلغ تأكيد بل ليس تحت مسماها غيره ، أما قوله شهراً فليس بعمري ، وأما التقييد بالأبد فلغو قد أغنى عنه لفظ الأعمار مع الحكم النبوي بتأبيده فهذا التفصيل الذي جاءوا به من الأبحاث التي كثرت مع الناس وهي داخلة تحت إن من العلم جهلاً انتهى وما أحسن ما قاله وما أشفاه وقد توافق نظره ونظر الشارح في المسألة ووقفا على الحق فيها .

(٢) **قوله** : ـ ولو أجيب إلخ ، أقول هذه الدعوى أنها وردت في الشجر للثمر ذكرها في البحر وما عرفنا مستندها من الأحاديث بل لفظ إعمار الأنصار وقوله « أمسكو عليكم أموالكم » أعم .

(٣) **قوله** : ـ أما قصر الحكم على السبب الخ ، أقول : أي بأن يقصر الحكم للشجر على الثمر وهي السبب

على السبب أو مع قياس الولد على الثمر بلا فارق ﴿ **إلا فوائده** ﴾ غير[١] ولده أيضاً فللمعمر ﴿**و**﴾ أما إذا جعل المالك ﴿ **السكنى** ﴾ في داره لآخر ﴿ **بشرط البناء** ﴾ لها والعمارة فانما تلك ﴿ **إجارة فاسدة** ﴾ ومثلها العمرى والرقبى بشرط الحفظ أيضاً ﴿**و**﴾ أما لو ذكر المالك السكنى ﴿ **دونه** ﴾ أي دون البناء كانت ﴿ **عارية** ﴾ فيجب في حالتي الأجارة والأعارة أن ﴿ **يتبعها أحكامها** ﴾ الماضية في الأجارة الفاسدة والعارية .

= أو يمنع قياس الولد على الثمر أي أولاً يقصر على السبب بل يعم فيمتنع قياس الولد أي بل يدخل في العموم وكان الظاهر فلا يمنع أي أنه يلحق بالقياس .

(١) **قوله** : ـ غير ولده ، أقول أي ولد الولد لأنه من فوائده فلا بد من استثنائه كما استثنى هو من أصله ثم كذلك قوله ومثلها العمري والرقبي بشرط الحفظ أي فأنهما إجارة فاسدة وعلة ذلك جهالة العوض .

كتاب الوقف

هو تأبيد[١] **حبس عين على انتفاع قربةً بفوائده** المذهب والجمهور على صحة ذلك وقال ابن عباس لا حبس بعد[٢] نزول سورة النساء ، وقال شريح جاء محمد صلىّ الله

كتاب الوقف :

(١) **قوله** :- تأبيد حبس عين الخ ، أقول : ورسمه غيره بأنه حبس مخصوص على وجه مخصوص بنية القربة ولا كلام انه لغة الحبس وأن الأفصح وقفت ، واوقفت لغة قليلة ضعيفة وفي التعريفات للمناوى الوقف لغة الحبس وفي الشرع حبس المملوك وتسبيل منفعة على بقاء عينه ودوام الانتفاع به من اهل التبرع على معين بتمليكه او جهة عامة في غير معصية تقرباً الى الله تعالى . وهو رسم واضح واف وكلام الشارح قاصر عنه وقال الشارح قربة الخ ، نصب قربة على انها مفعول لأجله أي أنه وقف لأجل القربة أي التقرب الى الله تعالى بفوائدها.

(٢) **قوله**: لا حبس بعد نزول سورة النساء، أقول ظاهر كلامه انه من كلام ابن عباس مذهباً له والذي في نهاية ابن الأثير ومنه حديث ابن عباس لما نزلت آية الفرائض قال النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم لا حبس بعد سورة النساء أراد به لا يوقف المال ولا يزوي عن وارثه وكأنه إشارة الى ما كانوا يفعلونه من حبس مال الميت ونسائه كانوا إذا كرهوا لقح النساء او قلة مال حبسوهن عن الأزواج لأن اولياء الميت اولى بهن عندهم والحاء في حبس يجوز ان تكون مفتوحة ومضمونه على الأسم والمصدر ، فهذه رواية مرفوعة من حديث ابن عباس نسبها في الجامع الصغير للسيوطي الى انه أخرجه البيهقي ورمز لحسنه ، ولكن في شرحنا التنوير على الجامع الصغير انه قال الهيثمي عن عيسى ابن لهيعة وهو ضعيف وأخرجه الدارقطني عنه بلفظه ، وقال فيه ابن لهيعة عن اخيه وهما ضعيفان ، وقال الذهبي في الميزان عن الدارقطني انه حديث ضعيف وقد فسر الخبر أئمة اللغة بتوقيف المال عن وارثه وعدم إطلاقه الى يده لا انه أريد به الوقف المراد هنا بأنه تأبيد حبس الخ ، ولا خفاء ان تفسير بن لهيعة أرجح من حيث انه ناقل عن أئمة عدة من اهل اللغة ولأن سياق كلامه صلىّ الله عليه وآله وسلّم حيث ذكره في سياق آية الفرائض دليل على ما فسره به سيما وتمام الحديث إذ قد أعطى الله كل ذي حق حقه ، هذا تمام في البحر ومنه نقل الشارح وهو ظاهر واحتج به في ان المراد لا تحبس فريضة عمن أعطاه الله إياها وجعلها له ، ولأن الوقف قربة كما قال عمر رضي الله عنه يخاطب به رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم أتقرب بها الى الله وما علم في الشرع النهي عن القرب بل الحث عليها ، ثم لو فرض ان حديث

عليه وآله وسلّم بمنع الحبس ، وقال أبو حنيفة وزفر لا ينفـذ إلا بحـكم او خروجـه مخـرج الوصية ، وقال محمـد بن الحسن وابن ابي ليلى هو صدقة يتبعها أحكامها ، لنا حديث ان عمر لما استجمع ملك مائة سهم في خيبر قال لرسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلـم إني اريد أن

= ابن عباس يحتمل انه يراد به هذا المعنى المتنازع فيه ، وقلنا هو عام لأنه نكرة في سياق النفي فلا يقصر على سببه لكان مخصصاً بكلامه صلىّ الله عليه وآله وسلّم في حديث عمر كما يأتي ، بل لو فرضت معارضته له لكان أرجح منه حديث عمر المتفق عليه فانه أرجح سنداً ودلالة ، أما سنداً فانه لا يعرف لحديث ابن عباس سند في الأمهات ، قال ابن بهران في تخريج البحر انه لم يجده إلا في الانتصار وذكر صاحب النهاية له لا يدل على ثبوته وقد اخرجه البيهقي في الشعب ، وفيه ابن لهيعة كما قدمناه ، وأما دلالة فلأن سياق حديث عمر ولفظه واضح في المطلوب وواقع في محل النزاع وحديث ابن عباس ظاهر في غير هذا بل فيما فسره به ابن الأثير واما المصنف فانه حمله على انه اريد به النهي عن حبس الجاهلية للسائبة والوصيلة والحامي وسيذكره الشارح فيما يأتي ويسلمه ولا يخفى انه حمل لا يناسبه ما في صدر الحديث من قوله « لما نزلت سورة الفرائض » ولا ما في آخره من أنه قد « أعطى كل ذي حق حقه » وإن كان ابن الأثير قد حمل حديث شريح على هذا المعنى وحديث شريح « جاء محمد باطلاق الحبس » ولا يراد بها إلا حبس الجاهلية قطعاً لما تقرر عند علماء النحو والبيان أن اصـل الأضافـة العهـد ، والمعهود إنما هو حبس الجاهلية ويؤ يده انه قال الشافعي لم يحبس اهل الجاهلية فيما علمته داراً ولا ارضاً وإنما حبس أهل الاسلام يعني هذا التحبيس المعروف وهذا إشارة منه الى انه حقيقة شرعية قال هذا ونقله الدميري في شرحه على المنهاج ، وإذا كان حقيقة شرعية تعين انه غير مراد من قوله « لا حبس بعد نزول سورة النساء » ولا داخل في هذا النفي لأنه نفى لما كان ثابتاً لغة وهذا شيء اثبته الشرع فكيف ينفيه هذا ، واعلم ان الشارح جعل عدم صحة هذا الوقف مذهباً لابن عباس وجعل يجادل عنه فان كان اخذ كونه مذهباً له من روايته الحديث فما ابعد هذا الأخذ واسمجه ، اما اولاً فلأن رواية الراوي للحديث لا تدل انه مذهب له إذ كثيراً ما يتفق انه يرى غير ما رواه كما ذلك معروف ومذكور في الأصول ، واما ثانياً فالحديث جاء بلفظ محتمل بل ظاهر في غير محل النزاع فكيف يؤ خذ من مجرد رواية الراوي ان مذهبه محمله البعيد وإن كان من نقل آخر صرح فيه لأن مذهب ابن عباس عدم صحة الوقف فنحن مطالبون له بصحة النقل عنه ، ولقد أحسن المصنف في البحر حيث جعل كلام ابـن عباس رواية له لا مذهب فانه تأوله بما ذكر ، وقال في كلام شريح بعد تأويله بما سلف سلمنا فمذهب له ولم يقل ذلك في رواية ابن عباس بل تأولها لا غير ، ومن أبعد البعيد ان يقول ابن عباس بعدم صحة الوقف مع اتفاق الصحابة على الوقف قولاً وفعلاً فوقف عمر وعثمان وزيد بن ثـابت وعبدالله بن عمر وأنس وفاطمة والزبير بن العوام وغيرهم ، وقال في النجم الوهاج إن الذين وقفوا أوقافـاً من الصحابة اكثر من ثمانين رجلاً كلهم تصدقوا بصدقات .

أتقرب بها الى الله فقال صلىّ الله عليه وآله وسلّم « حبس[١] الأصل وسبل الثمر» متفق عليه من حديثه وله طرق أخر ، وحديث « أما خالد فقد احْتَبَسَ أدْراعَهُ وأعتدَّهُ في سبيل الله » متفق عليه من حديث أبي هريرة ، قالوا النزاع في ثبوت أحكامه المدعاة من منع بيعه وهبته وإتلافه ، والأمر بالتحبيس لا يقتضي الدوام كما علم في الأصول والدوام مطلوبكم ، قلنا في الحديث المذكور فجعلها عمر صدقة لاتباع ولا تورث ولا توهب قالوا الصدقة إنما هي العلة لقوله وسبل الثمر أي أجعله في سبيل الله ، ومفهومه عدم تسبيل العين ، ثم ينبني[٢] على وجوب امتثال ما شرطه الواقف ، والدليل قائم على خلافه لأن رقبة الوقف ان لم يخرج[٣]

---

(١) **قوله** : حبس الأصل ، أقول : حديث خالد الآتي دليل عى ان مجرد التحبيس مخرج عن ملك الواقف وان ذلك من مدلول التحبيس ولا يتم ما يأتي له من أن تلك الأحكام من منع البيع وغيره من شرط الواقف ولا يجب امتثال شرطه بل هي من مدلول لفظ التحبيس بيانه أنه لما قيل له صلىّ الله عليه وآله وسلّم إن خالداً منع زكاته فلم يعطها المصدق قال صلىّ الله عليه وآله وسلّم « اما خالد فقد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله » قال الشارح وذلك ظاهر في عدم زكاة الوقف ، قلت وظاهر في خروج الأعيان الموقوفة عن ملك صاحبها لمجرد التحبيس فانه صلىّ الله عليه وآله وسلّم حكم انه لا يلزم خالداً زكاة لأنه قد خرج ماله عن ملكه بنفس التحبيس ، وهذا على ما حمله عليه الشارح في الزكاة وتقدم عن النهاية في حديث خالد وجه آخر لا يتم به الاستدلال لكنا عاملنا الشارح في الوجه الذي ارتضاه وحين بلغنا هنا رأيت لابن دقيق العيد في شرح العمدة ما لفظه قوله فتصدق بها غير ان لا تباع الخ ، محمول عند جماعة منهم الشافعي على ان ذلك حكم شرعي ثابت للوقف من حيث إنه وقف ويحتمل من حيث اللفظ ان يكون ذلك ارشاداً الى شرط هذا الأمر في هذا الوقف فيكون ثبوته للشرط لا بالشرع . والمعنى الأول هو ما قدمناه اولاً والحمد لله على الوفاق . وحديث خالد دليل آخر يؤ يد الاحتمال الأول إذ خروجها عن ملكه لله تعالى من لازمها ان لا تباع .

(٢) **قوله** : قلنا ينبني على وجوب امتثال ما شرطه الواقف ، اقول: بل قد ثبت ان قوله « لا يباع ولا يوهب ولا يورث » من كلامه صلىّ الله عليه وآله وسلّم ، كما اخرجه البخاري من طريق صخر ابن جويرية عن نافع وعلقمة في المزارعة بلفظ قال النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم لعمر « تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولكن ينفق ثمره فيتصدق به » قال الحافظ في الفتح على انه ولو كانُ الشرط من قول عمر فما فعله إلا لما فهمه من النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم حيث قال « حبس اصلها وسبل ثمرها » وعند البيهقي من رواية يحيى بن سعيد عن نافع « تصدق بثمرة وحبس اصله لا يباع ولا يورث » ، قال الحافظ ابن حجر وهذا ظاهر ان الشرط من كلام النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم .

(٣) **قوله** : إن لم يخرج بالوقف عن ملك الواقف ، أقول : بل نقول قد خرجت به كما خرجت الصدقة

بالوقف عن ملك الواقف فقد بطل ملكه بموته وانتقل الملك الى الورثة إذ لا يكون ذلك وصية إلا إذا خرج مخرجها وهو خلاف مدعاكم وإن كانت رقبة الوقف قد انتقلت عن ملكه في الحياة وصارت[١] ملكاً لله او للمصرف فاشتراط ان لا يتصرف فيها المملك او متوليه شرط خلاف موجب الملك فلا بد من أن يلغو الشرط او يبطل الوقف ، وكلا الأمرين رافع لحكم الوقف ، قلنا حديث « إذا مات ابن آدم انقطع عنه عمله إلا من ثلاث » ، الحديث عند مسلم وغيره من حديث أبي هريرة وللنسائي وابن ماجه وابن حبان من حديث أبي قتادة « خير ما يخلف الرجل بعده ثلاث ولد صالح يدعو له وصدقة تجري يبلغه أجرها وعلم يعمل به من بعده » ، قالوا النزاع في امتناع التصرف في رقبة الوقف ولا دلالة في الحديثين عليه والجري بعده لا يستلزم وجوب الجري ولا تأبده بل المراد منه ما دلت عليه أحاديث الترغيب في الغرس ونحوه مما يبقى بعد الميت من آثاره الصالحة كالولد والعلم والصدقات[٢] الباقية في ايدي من صارت اليه منه .

بل قياساً[٣] عليها بجامع تحريم التصرف في الحلال ، وقد ثبت عند الجماعة كلهم من

= عن ملكه حتى نهى الرسول صلىّ الله عليه وآله وسلّم عن رجوعها الى مالكها الأول بعقد الشراء كما سلف في الفرس التي حمل عليها عمر في سبيل الله ، وهذا مال اخرجه بلفظ الصدقة فأين يبقى له فيه ملك وقد تقدم نقل الاجماع على عدم صحة الرجوع في الهبة وتقدم ان الأصح في حديث عمر ان النهي للتحريم .

(١) **قوله** : وصارت ملكاً لله تعالى ، أقول : نعم وهو باشتراط ان لا يتصرف فيها المملك شرط خلاف موجب الملك جوابه صارت لله والله سبحانه المتصرف في ملكه ولم يردنا اذن منه بالتصرف فبقينا على الأصل لا انه كان امتناعنا عن التصرف تبعاً لشرط الوقف اذ قدمنا ان ذلك ليس من شرط الوقف بل هو من مدلول اللفظ الذي جعله الشارع عبارة لنا نتلفظ بها في هذا النوع من القرب ولئن سلمنا فمعلوم انه علم صلىّ الله عليه وآله وسلّم بما شرطه عمر من انه لا يباع ومعلوم انه لا يبيعه الوارث توهماً انه ملكه بعده وإنما قلنا المراد الوارث لأن عمر لا سبيل له على بيعه إذ قد اخرجه عن ملكه بالتصدق به فلا ملك له ولا رجوع وقد اقره صلىّ الله عليه وآله وسلّم على منع الوارث من بيعه ما ذاك إلا لأنه لا ملك له فيه إذ لو كان ملكاً له لنهاه صلىّ الله عليه وآله وسلّم عن شرطه هذا ، وابان له انه لغو والمقام مقام بيان .

(٢) **قوله** : والصدقات الباقية في ايدي من صارت اليهم ، اقول : قد قيد صلىّ الله عليه وسلّم هذا النوع من الصدقة بالوصف بالجارية والأصل فيه التقييد فدل على ان هنا نوعاً من الصدقات غير ما هو الأصل المطلق منها والشارح الغى هذا القيد في كلامه صلىّ الله عليه وآله وسلّم وأضاعه .

(٣) **قوله** : قياساً عليها ، أقول : لو قال ما أسلفناه من أن هذا نكرة في سياق النفي فيعم ولا يختص بسببه

حديث أنس أن حسان[1] باع نصيبه من بيرحاء وقف ابي طلحة من معاوية ، قلنا أنكر عليه فقيل له أتبيع صدقة أبي طلحة فقال ألا أبيع صاعاً من تمر بصاع من دراهم قالوا جوابه دليل ان الانكار ليس لأنه محرم بل لتفويتها لحسنها .

= لكان خيراً من القول بأنهما قاسا ما اذن به الشارع وأشار على المستشير له بتحبيسه على نهيه عن تحبيس المشركين وأفعالهم الجاهلية المنهى عنها بالنص لأنها تضييع لأموال جعلها الله لانتفاع ملاكها بها في دار الدنيا ودار الآخرة ، فكيف هذا القياس لافعال قوم أخرجوا أنفس اموالهم تقرباً الى الله تعالى ونفعاً لأنفسهم بها في دار القرار ، وجوار الرحمن سبحانه على أفعال قوم حرموا أنفسهم الانتفاع في الدنيا والآخرة بما خولهم الله تعالى وسلكوا مسالك الشيطان فهذا من أفسد قياس في الدنيا على ان الحكم في المقيس عليه التحريم من ساعة إيقاع التحبيس فيلزم تحريم الوقف ولا محيص عنه ولا يقوله أحد من أهل الدنيا ولا يقوله هو فانه إنما جعل موضع نزاعه عدم الصحة ولقد حمل ابن عباس ومذهباً لم يثبته عنه نقل صحيح ولا نسبة الى راو ولو مجهول يثبت عنه بالتصريح بل بروايته لحديث غيرِ مسندٍ ، ولا ظاهر في المغنى الذي زعم انه فيه ورد .

(١) **قوله** : أن حسان باع نصيبه ، أقول : فعل حسان ليس بحجة اتفاقاً ولـم يسـكت الصحابـة عن إنكاره ، وأما جوابه عليهم فيحمل انه من الأسلوب الحكيم وتلقى السامع بخلاف ما يترقب ثم لا يلزمهم امتثال جوابه وفرض الانكار قد قاموا به ، واعلم ان صدقة أبي طلحة لا يعلم انه وقفها بل ظاهره انه تصدق بها فإنه أخرج مالك وأحمد وعبد بن حميد والبخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن المنذر وابن أبي حاتم عن أنس قال كان ابو طلحة أكثر اهل المدينة نخلاً فلما نزلت (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبـون) قال ابو طلحة يا رسول الله ان أحب أموالي الى بير حاء وإنها صدقة لله ارجو برها وذخرها ، إلى قوله فقال رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم « أرى أن تجعلها في الأقربين فقال ابو طلحة أفعل يا رسول الله فقسمها أبو طلحة في أقاربه وبنى عمه وفيه روايات بمثل هذا اللفظ أنه صلى الله عليه وآله وسلّم أمره أن يجعلها في قرابته وأبو طلحة يقول في خطابه له صلى الله عليه وآله وسلّم « إنها صدقة لله إ فأمره بجعلها وهو لا يدل على إنها وقف فأنه صلىّ الله عليه وآله وسلّم لما استشاره عمر قال له « حبس الأرض وسبل الثمر بخلاف جوابه على ابي طلحة فهو دليل أن صدقة أبي طلحة صدقة لا تحبيس فيها ويزيده وضوحاً ما اخرجه أحمد وعبد بن حميد والترمذي وصححه وابن جرير وابن المنذر وغيرهم عن أنس قال لما نزلت هذه الآية (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) او هذه الآية (إن تقرضوا الله قرضاً حسناً) قال أبو طلحة حأيطي يا رسول الله الذي بكذا وكذا صدقة ولو استطعت أن أسره لم أعلنه فقال رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم « اجعله في فقراء أهلك ». وهو في كونه من الصدقات المطلقة لا المحبسة فلا دليل في بيعها .

﴿ فصل ﴾

﴿ يشرط في الواقف التكليف والاسلام ﴾ بناء على ان القربة لا تصح من كافر إلا أن فيه بحثاً[١] هو ان المراد بنفي الصحة إن كان عدم جواز انتفاع المصرف الذي هو معنى البطلان فظاهر المنع لأن ذلك من نحو هباته وعطاياه ، وإن أريد عدم قبول الله لصدقته كما يدل عليه قوله تعالى (وما متعهم ان تقبل منهم نفقاتهم الا انهم كفروا بالله وبرسوله) فعدم القبول لا ينافي الصحة لأن مانع القبول ليس مانعاً للأنعقاد بل الاحباط فرع الصحة حيث لا يحبط إلا موجود ولهذا وردت أحاديث « لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً » في كثير من فساق المسلمين ﴿ و ﴾ يشرط ﴿ في الموقوف صحة الانتفاع به مع بقاء عينه ﴾ لا ما لا ينتفع به إلا باتلافه كالمأكولات والدراهم[٢] ﴿ ولو ﴾ كان ﴿ مشاعا ﴾ خلافاً للإمام يحيى ومحمد بن الحسن بناء على اشتراط التمييز وهو[٣] محل النزاع ﴿ و ﴾ اختار المؤيد قولهما إذا كان

فصل يشرط في الواقف .

(١) قوله : فيه بحث ، أقول : هو بحث قويم ويتأتى لهم من صحة العتق من الكافر وهو من اعظم القرب ورد الحثُّ عليه كتاباً وستة أضعاف ما ورد في السنة من الحث على الوقف وتصحيحكم العتق دليل انه لا تلازم بين الصحة والقربة ، ويؤيد ذلك صحة وقف المرائي وعتقه ولا قربة له بل هو فاعل الأثم وإن قيل علة عدم الصحة انه لا بد من نية التقرب الى الله تعالى بالوقف والكافر بمعزل عن ذلك ، قلنا العتق مثله وقد ثبت ان الكفار كانوا يطعمون الطعام ويهبون الهبات ويعطون العطايا ولم يرد نهي عن قبول ما يخرج من أيديهم الى الغير وأما أنه ينفعهم في الآخرة فلا ، بل قال صلىّ الله عليه وآله وسلّم لما قالت له عايشة إن عبدالله بن جدعان كان يطعم الطعام فهل ينفعه قال « لا إنه لم يقل رب اغفر لي خطيئتي يوم الدين او نحو هذا إلا أن يقال الوقف من الأوضاع الشرعية والقرب التي لم تشرع إلا للمسلم بخلاف العتق فانه شرع قديم فينظر فعدم نفوذ وقف الكافر محل وقف .

(٢) قوله : والدراهم ، أقول : أما الدراهم فيمكن الانتفاع بارباحها كالانتفاع بغلات الأراضي وليست كالطعام لا ينتفع به إلا باتلافه ، وقال محمد بن عبدالله الأنصاري يصح وقف الدراهم والدنانير ويتصدق بارباحها وفي مهذب الشافعية من أجاز تأجيرهما للتجمل والعباد أجاز وقفهما ، قلت ولا مانع من الأمرين .

(٣) قوله : وهو محل النزاع ، أقول : اختصر الشارح في الدليل للنافي والمثبت وقد استدل المصنف للمثبت بحديث عمرو أنه وقف مائة سهم في خيبر غير مقسومة ، وبحديث عثمان وانه وقف نصيبه من بئر

﴿ينقسم﴾[1] حساً لا إذا لم ينقسم إلا بالمهاياة وإن خالفهما في التعليل بان القسمة بيع فينافي موضوعه.

وأجاب المصنف بمنع أن لها جميع أحكام البيع وهو غفلة عما تقدم في مسألة الخلط من أن اختلاط الوقف بغيره يمنع القسمة ، فلهذا صار للمصالح ، قلنا الاختلاط غير مانع سواء كان شياعاً ﴿ **أو** ﴾ عموماً لما يصح وقفه وما لا يصح نحو أن يقول الواقف وقفت **﴿جميع مالي وفيه ما يصح﴾** وقفه **﴿وما لا﴾** يصح وقفه **﴿كأم الولد وما منافعه﴾** من ملكه قد صارت مستحقة **﴿ للغير وما في ذمة الغير ﴾** فان هذه الثلاثة وإن لم يصح الوقف فيها فلا يمنع عموم المال لها عن صحة تعلق الوقف العام بغيرها إلا أن ذلك مبني على تناول اسم المال لأم

= اشتراها هذا دليله للمذهب وتعقبه حفيده بأن حديث عمر في أسهم كان قد افرزها ولا شياع فيها ، قلت وفي تلخيص ابن حجر ان عمر ملك مائة سهم من خيبر اشتراها ، فلما استجمعها قال يا رسول الله « أصبت مالا » الحديث ، ثم قال قوله يريد الرافعي ان المائة السهم كانت مشاعة لم أجده صريحاً بل في مسلم ما يشعر بغير ذلك فانه قال ان المال المذكور يقال له « ثمغ » وكان نخلاً ، وقال واما فعل عثمان فإنما المراد من قوله صلىّ الله عليه وآله وسلّم « من يشتري هذه البئر » يعني اي جميعها فيكون الحكم بصحة الوقف بعد وقف ، للجميع ، وأما قبل شرائه للنصف الأخير فإنما أباح للمسلمين الاستقاء في نوبته لأنه لم يعلم منه صلىّ الله عليه وآله وسلّم ان ذلك وقف واستدل على عدم صحة وقف المشاع بأن كل جزء محكوم عليه بالمملوكية للمشتركين فيلزم مع وقف احدهما ان يحكم عليه بحكمين مختلفين ، وقد تضادا وتناقض لوازمهما ، كصحة البيع بالنسبة الى انه مملوك وعدمه بالنسبة الى كونه وقفاً فيتصف كل جزء بالصحة وعدمها في حالة واحدة ويتصف بذلك الجملة أيضاً ، وقد ذكروا في القسمة انها بمعنى البيع فيلزم إذا قسم المشاع بعد الوقف صيرورة ما ليس بوقف وَقْفاً بلا واقف وذلك واضح البطلان ، وقد أطال في الاستدلال والتمثيل لهذا ومثله الأمام عز الدين بن الحسن ، وأما في المنار فأقاس وقف المشاع على صحة عتق الأعبد الستة الوارد في الحديث المعروف ، وتعقب بأن من أعتق الأعبد أعتق ملكه الخاص الذي لا ملك لغيره فيه ، بحيث لو نفذه في صحته لنفذ ولو عين من شاء لتعين فأين هذا من المشاع الذي كل ذرة منه مشتركة لشريكين ، وقد بسطنا البحث في جواب السؤال ، وأطلنا بعض الأطالة في المقال.

(١) **قوله** : في ما إذا كان ينقسم حساً ، أقول : كالأراضي والدور فإنه لا يصح وقف جزء مشاع عنده لا كالطاحون والحمام الصغير فإنما منع في الأول لما أشار اليه الشارح من انه إن قيل لا يقسم كان إبطالاً لحق الشريك من القسمة وحقه سابق على الوقف ، وإن قلنا إنه يقسم فالقسمة بمعنى البيع والوقف لا يصح بيعه.

الولد والظاهر[١] كونها غير مال وإلا لصح بيعها ، وأما ما منافعه للغير كالوصية فمبني على عدم كون الوقف رجوعاً عن الوصية ، وأما ما في ذمة الغير فينبني على ان الدين يدخل في عموم المال كما هو المذهب خلافاً للمؤيد بالله ﴿ و ﴾ الوقف ﴿ **لا يصح تعليق تعيينه في الذمة** ﴾ خلافاً[٢] للمؤيد ولم يزد المصنف في دفعه على قوله إذ الوقف لا يتعلق بالذمة ، ولا يخفى انه استدلال بمحل النزاع ، والحق[٣] قول المؤيد إذ الأصل البراءة عن المانع كالعتق والنذر اتفاقاً بجامع كون الكل إخراج عين عن الملك لقربة ﴿و﴾ الوقف ﴿**لا تلحقه الاجازة**﴾[٤] إلا عقده على ما تقدم تحقيقه في الطلاق فلا نكرره ﴿ **وإذا** ﴾ وقف الواقف شيئاً معيناً في نيته ثم ﴿ **التبس ما قد عين في النية بغيره فبلا تفريط صار للمصالح** ﴾ لأن الاختلاط بلا تفريط كما لو اختلط لا بخلط خالط مضمون الجناية كما تقدم في مسألة الخلط ﴿ **وبه** ﴾ أي بالتفريط يلزمه للمصالح ﴿ **قيمة احدهما** ﴾ لأن المفرط كالخالط المتعدي ، وقد تقدم انه يملك الوقف وغيره بالخلط ، وقدَّمْنا لك ما فيه من بحث وأن التعدي[٥] غير مناسب لأن يكون سبباً لملك المتعدي حقَّ غيره بمجرد التعدي .

---

(١) **قوله** : والظاهر كونها غير مال ، أقول : في القاموس المال ما ملكته من كل شيء وفي المصباح معروف والظاهر ان أم الولد مال لأنها ملك لسيدها حتى تموت وإن عرض المانع من صحة بيعها إلا أن يثبت لغة ان المال اسم لما يباع لا غير .

(٢) **قوله** : خلافاً للمؤيد ، أقول : تقدم للشارح في الحج أن خلاف المؤيد ليس إلا في لفظ الملك لا المال فانه يوافق في شموله الدين ، وأتى هنا بخلاف ما سلف له ، والصواب ما في الحج لأن لفظ الأزهار هناك والمال للمنقول وغيره ولو دينا ، وكذا الملك خلاف المؤيد في الدين إلا أن الشارح هنالك سقط عليه بعض لفظ الأزهار كما بينا ، هنالك فالمؤيد لا خلاف له هنا .

(٣) **قوله** : فالحق قول المؤيد ، أقول : من منعه فقاس على الطلاق ومن أجازه أقاسه على النذر والعتق ، وترجيح الألحاق بأحد البابين يفتقر الى التحقيق وزيادة النظر .

(٤) **قوله** : ولا تلحقه الاجازة ، اقول : سقط من لفظ الأزهار على الشارح من نسخته لفظ كالطلاق وهو يحتمل أن قوله كالطلاق عائد الى المسألتين عدم صحة التعليق وعدم صحة الإجازة لأنهما معاً ملحقان بالطلاق ، وأصل العلة عندهم في الكل انه استهلاك والأجازة لا تلحق الاستهلاكات ، وهذه القاعدة تحتاج الى ربطها بالدليل .

(٥) **قوله** : وان التعدي الخ ، أقول : تقدم له تصويب لفظ متعد بضامن ، قال لأن التعدي اخص من الضمان ثم اختار كلام الشافعي والمؤيد انه لا يملك الخالط ما خلطه لما أسلفه من الدليل وهو غير ما قاله هنا .

نعم يناسب ضمانه لقيمة ما يصح بيعه ويصير ان للمصالح كما فيما كان بخلط خالط غير مضمون الجناية ﴿ **و** ﴾ يشترط ﴿ **في المصرف** ﴾ المعين للوقف ﴿ **كونه** ﴾ أي كون الصرف فيه ﴿ **قربة تحقيقاً** ﴾ فالفقير والمنهل والمسجد ونحو ذلك ﴿ **أو تقديراً** ﴾ كغنى معين لأنه يقدر رجوع غلة الوقف عند موته إلى الواقف وورثته أو إلى المصالح على قول المؤيد والكل قربة لكن فيه بحث وهو أن الغني ان كان منافياً لقصد القربة فلا وجه لصحة الوقف لاستلزامه [1] الصرف في الغني قبل موته مع عدم القربة وإن لم يكن منافياً لقصدها فالقربة محققة كالوقف [2]

---

(١) **قوله** : لاستلزامه الصرف في الغني قبل موته ، أقول : في الغيث أورد هذا الالزام إشكالاً ، على القائل يصح الوقف على الغنى لأنه قال قالوا الوقف على الغنى فيه قربة مقدرة فيصح فيقال لهم فهل يصرف الى الغنى في حال حياته أم لا فان قالوا لا يصرف إليه بل يلغو ذكره، فيقال فيلزم لو وقف على الحربى أن يصح الوقف ويلغو ذكر الحربى وانتم لا تقولون به فان قالوا بل يصرف اليهما في حياتهما ثم اطال الأسئلة حتى انتهى الى إشكال لم يجب عنه .

(٢) **قوله** : كالوقف على الذمى ، أقول : ظاهره ان ذلك من القربة المحققة وليس كذلك بل الوقف عليه عندهم من المقدرة والبحث فيه وفي الغنى واحد وقد صرح به في قوله لا مقدرة فيهما ، فائدة ظاهر كلامهم في عطف الذمى على الغنى في مثال القربة المقدرة أن المراد الذمى الفقير لأن الغنى قد شمله ما قبله فيرد عليه أنه صرح في الغيث بقوله الأقرب عندي أن الوقف على فقراء أهل الذمة وما يصح لأن القربة فيهم لا يخالف فيها مخالف لأن الله تعالى قد مدح عليها ، وقال (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين أن تبروهم وتقسطوا اليهم) وعلى الجملة كل من لا نستبيح دمه ففي إطعامه القربة إلا انه نظر هذا في البحر ، قال شارحه وهذا رجوع عما قواه في الغيث ، وقال إلا إذا كانوا محصورين وقال عليه المنار بعد احتجاجه بقوله تعالى (وأسيراً) وهذه الآية لا حجة فيها لأنها في كافر خاص يعطى بخصوصيات متحققة غير الكفر كالرحامة في الرحم وللضرورة الخاصة في الأسير فيقيد الصرف بتلك الخواص وإلا فليحتج بأنه التأليف ، ويقال يتقرب الى الله بصرف الزكاة الى الكفار لأنها جازت في المؤلفة ، ولعمري إنه يقشعر جلد المؤمن أن يقال يتقرب الى الله تعالى بالصدقة على عموم الكفار ولو غير الحربيين ولو متعبداتهم التي هي موضع الكفر وعبادة الشياطين ومحل النهيق بالتثليث وسب الأسلام وأهله وسب الأنبياء ويعانوا بالوقف عليهم ليفرغوا أو تتوفر أوقاتهم على الكفر والعصيان ما هذا بكلام صادر عن يقظة قلت وخصوصية آية الأسير ظاهرة من لفظه وأما الآية الأخرى عموم الأذن والاحسان والبر الى من لم يقاتل في الدين ولم يظاهر على اهله ، قال الموزعي عن الحسن انها نزلت في قوم بينهم وبين رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم عهد وهم خزاعة وبنو عبد الحارث بن عبد مناف ،

على الذمي لا مقدرة فيهما والحق [١] عدم المنافاة لأن مجرد التفضل والبر لغني كان أو فقير مسلم أو كافر إلا الحربي غير المستأمن قربة محققة وإن تفاوتت مراتبها في الثواب فأن القربة أعم من المصلحة العامة ﴿ و ﴾ يشترط ﴿ في الأيجاب ﴾ للوقف ﴿ لفظه صريحاً ﴾ كوقفت وحبست وسلبت وأبدت ﴿ أو كناية ﴾ كتصدقت على الفقراء أو حرمت على غيرهم وبالجملة المعتبر القرائن كما في غير الصريح ولا بد في الصريح وغيره من أن يصدرا ﴿ مع قصد القربة ﴾ إلى الله ﴿ فيهما و ﴾ يشترط أن ﴿ ينطق بها ﴾ أيضاً ﴿ أو بما يدل عليها ﴾ من مصارفها كالفقراء والمساجد والعلماء ونحو ذلك لكن لا يشترط النطق بها إلا ﴿ مع الكناية ﴾ عن الوقف لا مع الصريح .

﴿ فصل ﴾

وإذا عرفت أنه لا بد في الوقف من القربة محققة أو مقدرة ﴿ **فلا يصح مع ذكر المصرف** ﴾ الذي يتضمن القربة ﴿**إلا**﴾ إذا كان ﴿ **منحصراً** ﴾ لأنه يمكن تقدير انقطاع المنحصر وعود الوقف إلى القربة بخلاف ما لو لم ينحصر ما لا قربة فيه فانه لا يمكن تقدير القربة ﴿**و**﴾ إذا كان منحصراً فانه ﴿ **يخصص** ﴾ بين النحصرين ولا يخفي قصور [٢] عبارته

= وروى فيها أقوالاً عن غيره ثم قال والصحيح ماروي عن الحسن قال والدليل قوله تعالى بعد ذلك (إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم) الآية وبدليل قوله تعالى (إلا الذين عاهدتم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم إن الله يحب المتقين) وبدليل ما روى ان عمر كسا أخًا له مشركاً بمكة حلة اعطاه إياها رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم وغير ذلك من أدلة الكتاب .

(١) **قوله** : والحق عدم المنافاة ، أقول : هو كما قاله إذ القربة ما يتقرب به إلى الله تعالى والاحسان إلى العباد مطلقاً مع نية التقرب محبوب لله تعالى مدعو إليه مقرب منه وإلا لزم ان لا قربة في الهدية للغنى بل ولا في رد السلام عليه وأن لا يدخل تحت عموم تهادوا تحابوا ونعم الوقف على الفقير أفضل كما اشار اليه بقوله وإن تفاوتت مراتبها أي القربة في الثواب ويؤيد ذلك حديث الذي تصدق على غنى وزانية وسارق وأخبر انه قد قبل الله منه ذلك ، لا يقال يلحق الوقف بالزكاة فانها لا تصح في غنى فلا يصح ايضاً الوقف لأنا نقول منع عنها النص « لا تحل لغنى» ولله جزيل الحمد وله المنة .

فصل ولا يصح مع ذكر المصرف .

(٢) **قوله** : ـ ولا يخفى قصور عبارته ، أقول : وذلك لأنه أطلق المصرف ولا بد من تقييده بما لا يتضمن

عن تأدية هذا المعنى على أنه صرح في البحر أن ذكر ما لا يتضمن القربة تصريح بنفي القربة فلا

= القربة كما صنع الشارح ، وقوله على أنه صرح في البحر يريد أن كلامه هنا نافى ما في البحر فانه قضى بصحة ما لا يتضمن القربة مع انحصار القربة وهو ينافي أن ما لا يتضمن القربة تصريح بنفي القربة ، ولفظه في البحر فان تضمن القربة كالفقراء صح وإلا فلا لتصريحه حينئذٍ بنفي القربة قال شارحه وإن كان الذي ذكره الواقف لا يتضمن القربة كالبيع والفساق والأغنياء لم يصح الوقف لنفي القربة وهي شرط في صحته وظاهر هذا المدافعة لقوله بصحته مع القربة المقدرة ، ويدفع التدافع بأن مراده ما لا يتضمن القربة لا محققة ولا مقدرة فيراد بهذه الصورة حيث كان الأغنياء مثلاً غير منحصرين فانها تنتفي محققة ومقدرة وجمع شارح البحر في المثال لذلك بين الأغنياء والبيع ظاهر في هذا فلا يتم ما أورد الشارح من التدافع بين عبارة الأزهار والبحر على إنها تقيد عبارته هنا بصحة الوقف على الحربيين والمرتدين المنحصرين لأن القربة ممكنة مقدرة فيهم لكنه قال شارح الأثمار لا يصح الوقف عليهم لأنا مأمورون بإنزال الضرر بهم فكأنه يريد تقييد القربة المقدرة بأن لا ينشأ عمن أمرنا بإنزال الضرر بهم وهو قيد للعبارة بلا دليل عليه فيها ، فائدة في شرح الأثمار لا يصح الوقف على ما لا يملك كدار فلان أو دابته ، وكذا على حمام مكة خلافاً للمنصور ، وكذا سائر البهائم والطيور مملوكة أو غير مملوكة وقيل إن قصد أن غلات الوقف له لم يصح وإن قصد أنها تطعم غلاته صح لأن في ذلك قربة وكذا لا يصح الوقف على قبر غير فاضل ، وأما قبور الفضلاء والأئمة ومشاهدهم فيصح إذا كان المراد منها ما يتعين من القربة الحاصلة باجتماع المسلمين فيها للزيارة والطاعات فلو قصد بها الواقف الميت نفسه أو القبر نفسه لم يصح لما تقدم ، وكذا حكم النذر عليها . قلت والوقف على المساجد يجري فيه ما ذكر إذ لا يملك والملك لله تعالى في رقبة الوقف إلا أن الوقف على مشاهد الأيمة ذريعة الى مفاسد جمة لا تدخل تحت حصر على أن بناء المشاهد محرم بأدلة معروفة فما تفرع فغايته وأقل أحواله أنه بدعة منهي عنها لا قربة بل ورد في الأحاديث الصحيحة اللعن على من سرج على القبور وعلى البناء عليها والكتب عليها والأصل في النهي التحريم فيحرم ما ذكر لذاته ويحرم أيضاً لأنه ذريعة الى فعل قبائح وأنواع من الشرك من النداء للميت والتوسل به الى الله تعالى وجعله شريك لله تعالى كقولهم « هو بالله وبصاحب القبر وعلى الله هو وعلى صاحب القبر » وهذه كلها هي أفعال عباد الأوثان والأصنام من أهل الجاهلية ، وهذه محرمات وعمارة القباب والمشاهد محرمة للنهي عنها فالوقف عليها باطل محرم بل الواجب هدمها وقد أوضحنا الأدلة على ذلك في رسالة سميناها « تطهير الاعتقاد عن أدران الألحاد » ولكن هذه المنكرات قد صارت هي المعروفات عند جميع العوالم شرقاً وغرباً في أقطار الدنيا لا بد في كل بلدة من صنم يعبدونه وأعانتهم ملوك الدنيا الذين يعلمون ظاهراً من الحياة الدنيا وهم عن الآخرة غافلون فأنا لله وإنا إليه راجعون .

يصح الوقف مع ذلك وغفل[١] عن كون لفظ الوقف يتضمن القربة وأن الوقف لا يبطل بذكر المصرف الذي لا قربة فيه إلا أن يمتنع تقدير القربة بأن لا يكون منحصراً ، وأما إذا كان منحصراً ﴿ **أو متضمناً للقربة** ﴾ فهي حاصلة في المنحصر تقديراً ، وفي متضمنها تحقيقاً ﴿**و**﴾ إذا لم ينحصر متضمنها فان الوقف ﴿ **يصرف في الجنس** ﴾ إن اتحد الجنس وإن تعدد بحرف تخيير أو جمع فسيأتي ﴿**و**﴾ هذا فيما اذا ذكر المصرف ولكن ذكره غير شرط لأنه ﴿ **يغني عن ذكره ذكر القربة مطلقاً** ﴾ سواء كان الوقف بصريحه أو كنايته لكنه لا يخفى أن القربة لازمة للوقف واللازم أعم لظهور وجودها في الصدقة ونحوها فلا يلزم[٢] من ذكر القربة تحقق الوقف فلا يكون ذكرها ولا قصدها كافياً لوجودها في الصدقة بل لا بد من ذكر الوقف نفسه أو قصده سواء حصل ذكرها ﴿ **أو قصدها** ﴾ أما ﴿ **مع الصريح فقط** ﴾ فلأنه متضمن للقربة بنفسه كصريح الطلاق لا يشترط فيها نية البينونة كما اختاره المؤيد بالله ، وأما مع الكناية فقد عرفت أن قصد القربة لا يعين الوقف لأن قصد الأعم لا يستلزم قصد الأخص بخصوصه ﴿**و**﴾ إذا لم يذكر المصرف فانه ﴿ **يكون** ﴾ الوقف ﴿ **فيهما** ﴾ أي فيما لو ذكرت القربة أو قصدت فقط ﴿ **للفقراء** ﴾ لأنهم أظهر القرب وقوله ﴿ **مطلقاً** ﴾ دفع لما يتوهم من أن ذلك كالزكاة يخرج منه أصول الواقف وفصوله وبنو هاشم ﴿**و**﴾ الواقف إذا أطلق الوقف عن ذكر المصرف كان ﴿ **له بعد تعيين المصرف** ﴾ لأن مدار أصل الوقف وكيفية صرفه على اختياره ﴿**و**﴾ لذلك أنه ﴿ **إذا عين موضعاً للصرف أو الانتفاع** ﴾ أو زماناً أو كيفية أو كمية أو نحو ذلك ﴿ **تعين** ﴾ إذ الظاهر أنه لم يقصد إلا بعد تصوره القربة فيه ﴿**و**﴾ إذا زال

---

(١) **قوله** : ـ وغفل ، أقول : إن الوقف يتضمنها بمجرده لوضعه شرعاً لذلك وقوله وإن الوقف عطف على كون لفظ الوقف أي وغفل عن أن الوقف لا يبطل بذكر المصرف الخ (. . .) إلا أن هذا لم يغفل المصنف عنه فإنه ساق صدر الفصل لبيانه فقال لا يصح إذا لم ينحصر ما لا قربة فيه لانتفائها تحقيقاً وتقديراً ويصح إذا انحصر لحصولها تقديراً ويصح إذا تضمنتها كعلى الفقراء ، نعم يرد على قوله مع قيد القربة أنه إذا كان لفظ الوقف يتضمن القربة فلا معنى لاشتراط قصدها مع لفظه إلا أن يجاب بأن القصد شرط للصحة باطناً أي فيما بين الواقف وربه ولفظ الواقف يدل عليها ظاهراً أي في ظاهر الحكم .

(٢) **قوله** : ـ فلا يلزم من ذكر القربة تحقق الوقف أقول : الوقف هنا قد تحقق في لفظه أو كنايته إذ الفرض أنه أتى بلفظ الوقف الصريح أو كنايته كما أفاده مطلقاً فانه فسره في الغيث كأن يقول وقفت لله أو صدقة محرمة أو مؤبدة وكأنه ذهب الى انه يغفى عن ذكر الوقف ذكر القربة ولذا قال لا بد من ذكر الوقف نفسه فكلامه ما خلا عن اضطراب .

الموضع المعين فانه ﴿ **لا يبطل المصرف بزواله** ﴾ إلا أن القياس عوده للمالك أو المصالح على الخلاف لأن علة الوقف قصد المصرف المخصوص مع الموضع المخصوص وانتفاء جزء العلة موجب[١] لانتفاء المعلول ﴿ **فصل ويصح** ﴾[٢] الوقف ﴿ **على النفس** ﴾ خلافاً للناصر والشافعي لنا صحة قصد القربة فيه قالوا تحصيل الحاصل ورد بالمنع مسنداً بصيرورة الرقبة به ملكاً لله ، ولحديث أن رجلاً قال لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وهو يحث على الصدقة « عندي دينار فقال تصدق به على نفسك » الحديث عند أبي داود والنسائي ، وتقدم في الفطرة ﴿**و**﴾ إذا وقف على ﴿ **الفقراء** ﴾ كان اللفظ شاملاً ﴿ **لمن عداه** ﴾ بناء على أن المتكلم غير داخل في خطابه تخصيصاً له بالعادة وليس من[٣] أصول المصنف ﴿**إلا**﴾ أن يكون الوقف ﴿ **عن حق** ﴾ فانه قرينة على أن العموم مراد به الخصوص ﴿ **فلمصرفه** ﴾ يكون غلة الوقف إن عاما ذلك الحق كالمظالم فعام ، وإن خاصاً كالزكاة والخمس ونحوهما فخاص بمصارفه ﴿**و**﴾ من قال وقفت على أولادي مفرداً ذكر ﴿ **الأولاد** ﴾ من عطف أولادهم عليهم فالوقف بالوقفية ﴿ **لأول درجة** ﴾ لا غير ، وأما ميراثه عنهم فان عين[٤] أبوهم أسماءهم وهذا يسمى وقف عين في الاصطلاح فنصيب كل واحد إرث لأولاده لا لأخوته وإن أطلق لفظ الأولاد وهذا يسمى وقف حبس فنصيب من مات يرجع إلى إخوته إلى أن يموت الآخر منهم فيعود لورثة كل واحد ما كان له وقيل يرجع نصيب الميت من وقف الجنس إلى وارثه .

---

(١) **قوله** : ـ موجب لانتفاء المعلول أقول في الغيث أنه لا يكون ذلك أي زوال الموضع كانقراض المصرف لأن المقصود والأهم هو المصرف والموضع المعين كيفية للصرف فاذا بقي المقصود وهو المصرف لم يبطل ببطلان الموضع . فهو كالترجيح لبقاء الحكم مع أحد جزئي العلة .

(٢) **فصل** : ويصح على النفس أقول : في فتح الباري أن صحة الوقف على النفس يستنبط من شرط عمر في وقفه أن لمن وليه أن يأكل منه بالمعروف وأنه ظاهر ولو كان الواقف قال وهو قول جماعة وعدهم وذكر منهم محمد بن عبدالله الانصاري شيخ البخاري وأنه ألف في ذلك جزءاً ضخماً واستدل بقصة عمر هذه وبقصة راكب البدنة وبجعله صلى الله عليه وآله وسلم عتق صفية صداقها ثم ذكر أدلة المانعين . ولا جزيل بل الحمد وله المنّة .

(٣) **قوله** : ـ وليس من أصول المصنف ، أقول : الجمهور على أن المتكلم داخل في عموم خطابه نعم التخصيص بالعادة ليس من أصولهم ، وأما الشارح فقد ناقشهم في ذلك في شرح الفصول .

(٤) **قوله** : ـ فان عين أسمائهم ، أقول : كأن يقول فلان وفلان أو يشير إليهم ، وهذا هو وقف

ورد المصنف[1] بأن « أولادي » لا يعم أولادهم وعورض بأنه لو لم يعم لم يحرم نكاح بنات البنين ونحوهم فان أجيب بالغاء الفارق فهو من العموم فالحق تساوى الوقفين إلا في دخول[2] من يولد في وقف الجنس دون وقف العين ، ويكون بين المصرف ﴿ **بالسوية** ﴾ وقال المنصور بل على حسب الميراث لما تقدم في أدلة محرم ـ وفي نسخة تحريم ـ قسمة الهبة للأولاد على غير الميراث ﴿**و**﴾ أما إذا ذكر الواقف درجات نسله ﴿ **مثنى فصاعداً بالفاء أو ثم** ﴾ نحو أولادي فأولادهم أو ثم أولادهم فانه يكون ﴿ **لهم ما تناسلوا ولا يدخل** ﴾ أحد من البطن ﴿ **الأسفل** ﴾ بإرث نصيب أبيه بل يرجع إلى إخوة أبيه كما تقدم في وقف الجنس ﴿ **حتى ينقرض** ﴾ البطن ﴿ **الأعلى إلا لأمر** ﴾ أي دليل ﴿ **يدخله** ﴾ مع البطن الأعلى ﴿ **كالواو** ﴾ إذ عطف بها الواقف فانها تقتضي اجتماع ما بعدها وما قبلها في الحكم بغير ترتيب كما عرف في الأصول ومن خالف في عدم اقتضائها الترتيب، قال بالترتيب فيها كثم والفاء ولهذا قال المصنف ﴿**عند المؤيد بالله**﴾ وغيره من أيمة الأصول خلافاً لأبي طالب وغيره

= العين ، أو يقول أولاً فقط ، وهذا هو وقف الجنس ، قال المذاكرون أن في وقف الجنس يدخل من يولد ويخرج من يموت ومن مات فنصيبه لأخويه لا لورثته ، وقالوا ينعكس هذا الحكم في وقف العين فلا يدخل من يولد بل يكون لمعينين فقط ، ومن مات منهم فنصيبه لورثته ، لا لأخوته وفي وقف الجنس لا شيء لأهل الدرجة السفلى مع وجود أحد من أهل الدرجة العلياء وإذا مات الآخر من أهل الدرجة العلياء فقيل إن جميعه يكون لورثة الآخر لأنه قد حاز المنافع كلها ، فإذا مات ورثت عنه قال في الغيث إلا أن يكون عرف أنه إذا مات الآخر منهم انعطف على ذريتهم جميعاً وهو قريب عندي ، قال ابن أبي الفوارس يستويان ليكون بينهم بالسوية ومن مات منهم فنصيبه لورثته في الصورتين كليهما ، قيل وخرج مثله المؤ يد للهادي وهو الأقرب الى العرف قال في الغيث والأقرب عندي أنهما يفترقان كما ذكره المذاكرون والأزهار أجمل ولم يذكر هذا الحكم بنفي ولا إثبات .

(١) قوله : ـ ورده المصنف بأن أولادي لا يعم أولادهم ، أقول : رد قول من قال من مات من الأولاد يرجع نصيبه من الوقف الى وارثه وإن كان في الدرجة العلياء غيره كما قاله ابن أبي الفوارس، فقال المصنف أولادي في عبارة الواقف لا يشمل الدرجة السفلى فعارضه الشارح بأنه يلزم أن لا تحرم بنات الابن على الجد لأنه لا يشملها بناتكم الوارد به التحريم ، وللمصنف أن يلتزم ويقول حرمه الاجماع ، ثم على كلام الشافعي تدخل بنات البنين في نفس الوقت لشمول الوقف لهن ولأبنائهن على السواء .

(٢) قوله : ـ إلا في دخول من يولد ، أقول : فانه يدخل في وقف الجنس لشمول لفظ أولادي لا في وقف العين لأنه عينهم فلا يدخل غيرهم .

والأدلة محلها الأصول ﴿ **ومتى صار** ﴾ الوقف ﴿ **إلى بطن بالوقف** ﴾ لا بالأرث وقد عرفت الفرق بينهما ﴿ **فعلى الرؤوس** ﴾ يكون قسمته كما تقدم ﴿ **ويبطل تأجير الأول ونحوه** ﴾ من التصرفات لأن استحقاقه مقيد بحياته فيقطع حكم تصرفه بموته ﴿**لا**﴾ إذا صار إلى البطن الأسفل ﴿ **بالأرث فبحسبه** ﴾ أي بحسب الأرث وعدمه من الاسقاط والحجب والسهام ﴿ **ولا يبطل** ﴾ تصرفه فيه كما في ميراث الملك ﴿**و**﴾ من وقف على ﴿ **القرابة**[1] **والأقارب** ﴾ هكذا مطلقاً فانه يكون الوقف ﴿ **لمن ولده جد أبويه ما تناسلوا** ﴾ أما جد الأب فلأن[2] النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل سهم ذوي القربى لبني هاشم وهاشم جد

---

(١) **قال** : ـ وعلى القرابة ، أقول : في شرح الأثمار قيل إنه لا يجوز أن يقال في اللغة القرابة من دون لفظ ذي قلت لفظ القاموس والقربى والقرابة وهو قريبي وذو قرابتي ، ولا يقال قرابتي . فظاهره ثبوت لفظ القرابة وإنما قال لا يقال قرابتي بل ذو قرابتي فهذا الممنوع فما في الأزهار صحيح .

(٢) **قوله** : ـ فلأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل سهم ذي القربى ، أقول : فكان فعله صلى الله عليه وآله وسلم تفسيراً للمراد بهم في الآية أنه لا يخفى أنه قد أعطى صلى الله عليه وآله وسلم من سهم ذي القربى بنى المطلب كما أعطى بني هاشم وبني المطلب ليس مما شمله الضابط فانه لم يلدهم هاشم بل المطلب وهاشم ونوفل وعبد شمس أخوة فالدليل على إعطائه بني المطلب من سهم ذوي القربى ما أخرجه أبو داود من حديث جبير بن مطعم وهو من بني نوفل قال لما كان يوم خيبر وضع النبي صلى الله عليه وآله وسلم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت أنا وعثمان بن عفان حتى أتينا النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « إنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام وإنما نحن وهم شيء واحد وشبك بين أصابعه » وإذا عرفت هذا فلا يتم الحديث دليلاً على الضابط وإلا لما أعطى بني المطلب منه شيئاً ثم رأيت المصنف قد تنبه لهذا فقال وعلل إعطاء المطلبين بعدم الفرقة لا بالقرب قال عليه المنار تعليله للفرق بين بني المطلب وبني هاشم يقتضي أنه صلة لبني المطلب ومكافأة لعدم مفارقتهم لهم هذا هو المناسب ولا يصح أن يكون يكون عدم مفارقتهم لبني هاشم مقتضية لحرمان بني أمية وسؤال عثمان وجبير بن مطعم إنما هو عن الفارق بينهم مع استواء درجتهم فلو كانت قرابة الأمويين والمطلبيين معتبرة لما فرق بينهم فتجوز الزكاة لبني المطلب وتصرف إليهم من سهم ذوي القربى . قلت نعم هذا بناء على أنه كان مفوضاً إليه سهم ذوي القربى فأعطى منه بالتفويض بني المطلب لا بالقرابة إعانة لعدم فراقهم لبني هاشم الذين هم أولوا القربى وفيه مناسبة فانهم واسوهم في الشدة بأنفسهم وشاركوهم فيه كما أشار اليه التعليل النبوي .

أبيه عبدالله ، وأما جد الأم[١] فأولاده ليسوا بقرابة لأن[٢] القرابة العشيرة والعصبة وليس من كان من قبل الأم بعصبات ولا عشيرة وإن كانوا أرحاماً وأصهاراً ولهذا فرق بينهما قوله تعالى (وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهـراً) ﴿و﴾ قال المؤيد بالله يكون ذلك كما لو قال ﴿ **الأقرب فالأقرب** ﴾ في أنه يكون ﴿ **لأقربهم إليه نسباً** ﴾ .

---

(١) قوله : ـ وأما جد الأم ، أقول : أورده ابن بهران في شرح الأثمار سؤالاً وأنه يدل على خلاف المدعى قال فان قيل احتجاجكم بهذا الحديث يدل على أنه لا يدخل في ذلك من تفرع عن جد الأم ونحوه إذا لم يصرف صلى الله عليه وآله وسلم شيئاً من السهم المذكور إلى من يُنتسب الى جد أمه فالجواب ما ذكره في شرح الأبانة أن خروج من ينتسب من النساء هناك مخصص من عموم الآية والعموم يصح تخصيصه فلا يلزم إذا خصص هناك أن يحرموا حيث لم يخص .

(٢) قوله : ـ لأن القرابة العشيرة ، أقول : هناك ألفاظ لا يتم معرفة الحق إلا بعد معرفتها فالقرابة قال في القاموس إنهم عشيرتك الأدنون ، وقال في العشيرة عشيرة الرجل بنو أبيه الأدنون أو قبيلته ، وقال العَصَبَة محركةً الذين يرثون الرجل عن كلالة من غير والد ولا ولد فأما في الفرائض فكل من لم يكن له فريضة مسماة فهو عصبة إن بقي شيء بعد الفرائض أخذه ، وقوم الرجل الذين يعصبون له ، وقال الكلالة من لا ولد له ولا والد ولم يكن من النسب إذا عرفت هذا فالشارح قد سوى بين العصبة والعشيرة والأول من معاني العصبة داخل فيه قرابة الأم كالأخ لأم إذ قد يرث من لا ولد له ولا والد وعلى الثاني والثالث دخولهم أوضح والعشيرة خاصة ببني الأب أو لأَعَمَّ من العصبة والعشيرة وهي القبيلة فتسوية الشارح بينهما غلط ، وقوله ليس كل من كان من قبل الأم بعصبات غير صحيح على كل معنى من الثلاثة ، وقوله ولا عشيرة صحيح ، وأما القبيلة فهو بنو الأب الواحد كما في القاموس فهم أعم من العشيرة لأنه مأخوذ في العشيرة أن يكونوا من بني أبيه الأدنين فالعشيرة والقبيلة والقرابة خاصة لمن كان من قبل الأب ، وأما العصبات فأعم على كل معنى ، والشارح جعل القرابة والعصبة والعشيرة شيئاً واحداً ، وأما الأرحام فأعم من الكل إذ في القاموس الرحم القرابة أو أصلها أو سببها والصهر مشترك من معانيه القرابة وزوج بنت الرجل وزوج أخته وغير ذلك كما فيه أيضاً وفيه النسب القرابة أو في الآباء خاصة فالصهر والنسب بأحد معانيهما يرادفان القرابة وإذا تقرر هذا عرفت أنها لا تتم هذه التفرقة التي ساقها الشارح دليلاً على عدم دخول الترتيب من الأم بل الدليل على ذلك أن القرابة هم العشيرة والعشيرة بنو الأب الأدنون فهذا معناه اللغوي لا يدخل فيه قرابة الرجل من قبل أمه فهـو ينهض دليلاً على ما ذهب إليه مالك في أنه من ينسب الى الأب فقط ، ويؤيده أنه صلى الله عليه وآله وسلم ما صرف من سهم ذوي القرابى فيمن كان من قبل الأم ويبقى الكلام من هم الأدنون من القرابة فانه لا بيان فيه لغة ولك أن تقول صرفه صلى الله عليه وآله وسلم في بني هاشم دليل على أن الأدنى من

قلت (١) **أما الأقارب** فلا ينبغي أن يكون فيها خلاف لأنها جمع أقرب وإنما يتجه الخلاف في لفظ القرابة ، لنا الفرق بين صيغة التفضيل وغيرها ، وأجيب بأن القرابة والأقربية كليهما(٢) نسبي فالأوسط أقرب بالنظر الى من هو أبعد منه ، فان حملتم الأقربية على الفرد الكامل منها ولا مخصص وإلا كان تحكماً باعتبار الفرد الكامل في محل دون آخر ﴿**و**﴾ من وقف على ﴿ **الأستر** ﴾ كان ﴿ **للأورع و** ﴾ من وقف على ﴿ **الوارث** ﴾ كان ﴿ **لذي الأرث** ﴾ أي للذي يرثه(٣) بالفعل ﴿ **فقط** ﴾ لا بالامكان ﴿**و**﴾ من قال وقفت على ﴿ **هذا الفلاني** ﴾ **نحو على هذا الهاشمي كان** ﴿ **للمشار إليه وإن انكشف غير المسمى** ﴾ لما تقدم في قوله في النكاح فان تنافى التعريفان حكم بالأقوى .

﴿فصل(٤)﴾

﴿ **ويعود** ﴾ **منافع الوقف** ﴿ **للواقف** ﴾ إن كان حياً ﴿ **أو وارثه** ﴾ إن كان

= القرابة من كان من أولاد جد الأب هكذا ينبغي تقرير الكلام في المقام ، فانه بحث لغوي ثم رأيت في فتح الباري كلاماً فيه ذكره الخلاف في مسمى القرابة والأقارب وذكر عن الطحاوي أنه صلى الله عليه وآله وسلم وقع سهم قوي القربى على ناس مخصوصين هم بني هاشم وبنو المطلب وأنه لا يقاس عليه من وقف وأوصى لقرابته بل يحمل اللفظ على مطلقه وعمومه حتى يثبت ما يقيده أو يصصخ .

(١) **قوله** : ـ قلت أما الأقارب الخ ، أقول : ظاهر كلام فتح الباري أنه لا فرق بين الأقارب والقرابة وأنه قد انسلخ عن التفضيل فانه قال واختلف العلماء في الأقارب فقال أبو حنيفة القرابة كل ذي رحم محرم من قبل الأب أو الأم لكن يبدأ بقرابة الأب قبل الأم .

(٢) **قوله** : كلاهما نسبي ، أقول أما الأقرب فيكون حقيقياً غير نسبي في الابن مثلاً ويصح إطلاقه على الاضافي فمن أين أنه لا يكون إلا إضافياً ، وأيضاً غيره قد حملوه على الحقيقي قالوا لأقربهم نسباً ولم يحملوه على الفرد الكامل كما قاله وكذلك القرابة تجري في أول الأصول حقيقة وفي ما عداه إضافة وما حملوه على ما ذكرنا إلا الدليل الذي سلف وإن كان فيه ما أسلفنا .

(٣) **قله** : بالفعل ، أقول أي إن كان وارثاً عند الموت وقد عدل الأثمار عن هذه العبارة إلى قوله والوارث لمن يرثه وحده ، قال الوابل إنما عدل لأن عبارة الأزهار توهم أن الوقف يستحقه من كان من أهل الأرث مطلقاً وإن لم يكن وارثاً في حال الموت لوجود الحاجب وليس كذلك وأسقط الشارح من لفظ الأزهار قوله ويتبع التخصيص بينهم ومراده أن يكون على حسب الميراث لا على الرؤوس .

(٤) **فصل ويعود** : للواقف ، أقول : العبارة قاضية بأن هذا الحكم شامل لعود وقف الجنس والعين ،

الواقف قد مات ﴿ **بزوال مصرفه ووارثه** ﴾ أي وارث المصرف ﴿**و**﴾ بزوال ﴿ **شرطه** ﴾ أي شرط الوقف لأن انتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط ﴿**أو**﴾ انقضى ﴿**وقته**﴾ أي وقت الصرف لا وقت الوقف لأنه لا يتأبد ، وقال المؤيد بالله لا تعود المنافع للواقف ووارثه البتة ، بل تصير للمصالح ، لنا ما روى عن عبدالله بن زيد أنه وقف حائطاً على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأمره النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن يجعله لوالديه فلما مات جاء الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال قد ماتا فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم « كله هنيئاً مريئاً » . وأجيب بمنع[1] صحة الحديث وعلى تقديرها فيمنع كونه وقفاً بل صدقة ، ولهذا[2] لم

= وفي شرح الأثمار لابن بهران أنه أطبق جماعة من متأخري أهل هب على أن ما ذكره الهادي من عود الوقف إلى الواقف أو وارثه من اعتبار زاول وارث المصرف إنما هو فيما ينتقل بالأرث ، وذلك حيث يكون الموقوف عليه معيناً والوقف عليه مطلق غير مؤقت ولا في حكمه فهذا هو الذي تورث عنه منافع الموقوف عليه على قول الهادوية ، ولذلك يعتبر انقطاع وارثه ، قالوا وما لا ينتقل بالوقفية كالذي يقول فيه الواقف وقفت على أولادي ثم على أولادهم ونحوه فلا يعتبر فيه انقراض المصرف دون وارثه لأن منافعه لا تورث لأنه في حكم الموقت بمدة الحياة في حق كل أحد من الأولاد وأولادهم فان مات الآخر منهم لم تورث عنه المنافع لانقطاع حقه فيها بموته ، كما لو قال الواقف وقفت على زيد عشر سنين مثلاً فانه ينقطع استحقاقه بمضي العشر السنين ، فلو مات عنها كان بقيتها لورثته واستمر على ذلك عمل الحكام والمفتين الى الآن فيما ينتقل بالوقفية اذا انقرض مصرفه لا يجعلون منافعه لورثة الآخر من المصرف بل يقولون يصير للواقف أو وارثه أو للمصالح على الخلاف ، وأما المؤلف فاختار عدم الفرق في اعتبار زاول المصرف بين ما ينتقل بالأرث وما ينتقل بالوقفية وهو الذي يقتضيه ظاهر اطلاق المتقدمين من أهل المذهب وهو مبني على أن منافع الوقف الذي ينتقل بالوقفية يصير بعد موت الآخر من المصرف لوارثه لأن الآخر من المصرف قد صار بمنزلة الموقوف عليه المعين وقفاً مطلقاً فيكون حكمه في انتقال منافع الوقف الى وارثه بالأرث .

(١) **قوله** : ـ بمنع صحة الحديث ، أقول : قال في شرح الأثمار أنه حكاه في الشفاء وأن في الموطأ عن مالك بلغني أن رجلاً من الأنصار من بلحرث بن الخزرج تصدق على أبويه بصدقه فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال « قد أجرت في صدقتك وردها عليك الميراث » . وفي المنار الذي رأينا في رواية أنه باسم الصدقة أعم من الوقف ، ثم قال فلا حجة في خبره مع ذلك إذ لم يحصل لك به ظهور ولا حجة في الاحتمال بلا ظهور ، والظاهر قول المؤيد . قيل وإذا لم يتم الاستدلال بالحديث للهادي فالدليل ما ذكره بعضهم وهو أن الواقف أو وارثه أو واقفه أخص بصرف منافع الوقف فصرفه إليهم أولى قلت وهذا لا يتم لو قال الهادي بالأولوية لا بالتعين محتماً .

(٢) **قوله** : ـ ولهذا لم يقبله صلى الله عليه وآله وسلم ، أقول : يتم هذا إن دخل الوقف تحت الصدقة

يقبله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولو سلم فالموقوف عليه هو النبي صلى الله عليه وآله وسلم وقد صرفه إلى أبويه أولاً وإليه ثانياً فأكلـه ليس بالأرث بل بتصرف المصرف كما يحـل للهاشمي ، أكل الزكاة من يد مصرفها ، وأما خبر الذي أعطي أمه حديقة فماتت فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم « وجبت صدقتك ورجعت حديقتك » فظاهر في أنها صدقة يملك المصرف رقبتها وتورث عنه والكلام فيما صارت رقبته لله ﴿و﴾ نحن إن قلنا أن وارث المصرف يرث الوقف فانما ﴿ تورث منافعه ﴾ لا عينه لأنها ملك لله تعالى ، وقال المؤيد بالله لا تورث منافعه ولا عينه بل[1] تصير المنافع بعد انقطاع المصرف المعين للمصالح لأن منافـع العين مستحقة لمالكها وإنما للواقف حق الولاية ، ولهذا يجوز له نقل المصرف كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، قلنا كالعمري المطلقة ، وأجيب[2] بالفرق بأن رقبة العمري يملكها المُعْـمَر فتورث عنه فيتبعها منافعها ولا كذلك رقبة الوقف فانها لله ، قلنا ثبت للمصرف فيهـا حق التصرف فتورث عنه كما تورث منافع العين التي استأجرها ، قالوا المنفعة مبيع ملكه بالثمن والعقد ، قلنا كالشفعة قالوا بسبب منه موروث ولا كذلك منفعة الوقف فلا سبب له في استحقاقها ﴿و﴾ الوقف ﴿ يتأبد موقته ﴾ وقال أبو يوسف يصح موقتاً كما يصح أن يشترط بيعه حتى شاء ، قلنا الأصل ممنوع مسنداً ببطلان فأيده الوقف .

= لأنها التي كان لا يقبلها ، ولكن جعلتم للوقف صنفاً مستقلاً له أحكام غير أحكامها يشعر بأنـه لا يدخل الوقف تحتها .

(١) **قوله** : ـ ولا عينه ، أقول كما أنه أشار الى ما ينقل عن الوافي أنه يبطل الوقف ويعود ملكاً للواقف ملكاً .

قوله : ـ وهو الله تعالى ومال الله تعالى لمصالح عباده ، أقول اختار هذا مؤلف الأثمار قائلاً أن القوى ما ذكره المؤيد والإمام يحيى وأبو يوسف وهو أنه إذا انقطع المصرف بأي الوجوه المتقدمة المذكورة كان للمصالح واختاره في المنار واختاره الشارح .

(٢) **قوله** : ـ وأجيب الخ ، أقول : ينظر فلم ينطبق الجواب إذ معناه وأجيب عنه أنه يصح توقيف الوقف كما يصح باشتراط بيعه متى شاء ممنوع الصحة سنده عدم فائدة الوقف إذ فائدته التأبيد ، فجوابه بأن بطلان المؤبدة أي باشتراط البيع متى شاء لاستلزامه بطلان المؤقتة ، ولا يخفى أن المؤبدة التي شرطت بأنه متى شاء باعه قد عادت مؤقتة غايته أنه وقت مجهول فاذ سلم بطلان المؤقتة بمجهول لزمه تسليم بطلان ما وقت بمعلوم ، وبه تعلم أنه لا أخص هنا ولا أعم بل الكل مؤقت وأنه كان حق الجواب أن يقال ما نسلم أن فائدة الوقف التأبيد وإن كان كلاماً على السند .

وأجيب بأن بطلان المؤ بدة لا يستلزم بطلان الموقتة لأن انتفاء الأخص لا يوجب انتفاء الأعم وكالعمري الموقتة فان العمري[١] وإن لم يشترط فيها القربة فلا يشترط أن لا يكون فيها قربة ﴿و﴾ الوقف ﴿ **يتقيَّد بالشرط** ﴾[٢] نحو إن عافاني الله تعالى فقد وقفت كذا إذ لا مانع كالعتق والنذر ونحوهما ﴿و﴾ مثل الشروط ﴿**الاستثناء**﴾ نحو وقفت هذا على أولادي إلا أن لا يبروني لأنه في قوة وقفته عليهم إن بروني وإذا صح الاستثناء - ﴿**فيصح وقف أرض لما شاء** ﴾ من المصارف وقال المؤ يد لا يصح الوقف عن الزكاة لاشتراط[٣]

---

(١) **قوله** : - فإن العمري وإن لم يشترط فيها القربى ، أقول : ام شرطها في الوقف أعظم فارق فلا يتم معه إلحاق نعم لم يربطوا هذه الدعوى وهو تأبيد المؤ قت بدليل وهلا قيل يبطل الوقف بالتوقيت لأن من شرطه التأبيد أو من لازمه ، فاذا قيد فليس بوقف صحيح ويأتي لهم في تقييد المصرف أنه إذا لم يحصل الشرط بطل الوقف وقد عرفت مما قررناه في مسمى الوقف والمؤ بد فمن وقف وقفاً واشترط أنه متى شاء باعه فليس هذا بوقف لأنه شرط خلاف موجبه .

(٢) **قوله** : **ويتقيد بالشرط** أقول : لفظ عبارة الأثمار ويدخله التقييد فشملت الصورتين وظاهر تمثيل الشارح أنه يتقيد إنشاؤه وإيقاعه بهما ، قال شارحه أي يصح تقييد كل من الوقف ومصرفه بالشرط والاستثناء ولا فرق بين كون الشرط حالياً أو مستقبلاً معلوماً أو مجهولاً ففي تقييد الوقف إذا لم يحصل الشرط بطل الوقف وبقيت الأرض على ملك صاحبها وفي تقييد المصرف إن لم يحصل الشرط كان عدم حصوله بمثابة انقطاع المصرف عند حصول الشرط وأطال في تمثيله لذلك .

(٣) **قوله** : - لاشتراط التمليك في مصرفها ، أقول : والهادي يشترطه أيضاً وقد أورد في الغيث ما لفظه فان قلت الهادي يشترط التمليك في صرف الزكاة والوقف ليس بتمليك فكيف يجزيه ذلك ؟ قلت إنما يعتبره حيث يتأتى أما حيث لا يتأتى فلا يعتبره كالمساجد والطرق والمسألة مبنية على أنه لم يوجد أحد من الفقراء على ما تقدم وأنه لا يصرف إلى المصالح الا اذا عدم الفقراء واختار المنار أنه لا يعتبر التمليك كالبيع بل كقبول الصدقة من القبض وعدم الرد ، قال فالصحيح هنا قول الهادي لما ذكر ، قلت وظاهر كلام الشارح اختيار كلام أحمد ابن الحسين من أنه لا يصح الوقف عن شيء من الحقوق ولأنه أي الوقف تبرع عن الغير ولا يصح وهو قوي ، وكيف يقف عن الغير كالفقراء وهم موجودون محتاجون مطالبون له بتسليم ما في ذمته اليهم ؟ وهذا كما يقوله جماعة ممن تحرم عليه الزكاة ويتعذر بأنه يأخذها قرضاً فيقال له كيف هذا القرض ومن المال له في غاية الحاجة ومتى يكون القضاء وممن القرض ؟ وهناك كذلك كيف يتبرع بحق غيره وهو أحوج اليه وإلى إعطائه ؟ فقياسه أن يقال ويصح وقف لما شاء إلا عن حقوق المخلوقين ، ومن هنا يعلم بطلان هذه الأوقاف التي أقر واقفوها أنها عن حقوق المخلوقين التي أخذت بالانتهاب والاغتصاب والجور وظلم العباد وأنها باطلة يجب على الأمام

التمليك لمصارفها ، قلنا في غير سبيل الله وهذا منه ، وقال الأيمة أحمد ابن الحسين ومحمد بن المطهر وعلي بن محمد لا يصح عنها ولا عن غيرها من الحقوق لأن الوقف تبرع ولا يصح بحق الغير ﴿و﴾ إذا وقف الأرض عن حق صح أن ﴿ **يستثني غلتها لما شاء** ﴾ من الحقوق غير الحق الذي وقف عنه الرقبة ولو قدم قوله ﴿ **ولو عن أي حق** ﴾ على قوله ويستثني غلتها لكان[1] هو الصواب لأن قوله ولو عن أي حق إشارة الى الخلاف في وقف الرقبة عن الحق فقط لا إلى استثناء الغلة على أن صحة[2] استثناء الغلة دائماً مستلزم لأبطال وقف الرقبة كما سيتضح فلا

= نقضها وصرفها فيمن أقر لهم بأن أموالهم في ذمته من الفقراء ونحوهم ويسارع في ذلك إحساناً الى من وقف بتخليص ذمته دفعة واحدة وإحساناً إلى الفقراء ونفعاً لهم ، فلقد رأينا أوقاف الأولين ممن يقف مصرحاً بأنها عن الأموال المأخوذة ظلماً وعدواناً لا يبارك فيها ولا تصرف في مصارفها فلا تخلص للواقف ذمة ولا تنفع مصرفاً ولا يتولاها عادلاً ، ثم تنطمس بالكلية وهذا من أدلة عدم قبولها لو شئنا نعد من هذا مائتين من الصور لعددناها ومن له بصيرة نور يعرف ذلك ، هذا وأما القائل مثلاً وقفت هذه الأرض لله عن المظالم واستثنيت غلتها لي أو لأولادي فهذا وقف باطل فانه أقر أن في ذمته مظالم ويريد بهذا الوقف عما في ذمته لله والتخلص عنه ، فأي تصاء بأرض مسلوبة المنافع باقية تحت يده ويد أولاده ، فأي شيء صار لله فان الأرض لله من حيث إنها أرض إنما الفوائد في منافعها ، ولا يريد بهذا الوقف إلا بقاء أرضه تحت يده ويد ولده فالوقف لها فرار عن قضاء ما في ذمته فلا قربة فيه ولا صحة له ، فالواجب على ذي الولاية العامة بيع هذه الأرض وصرف قيمتها في مصارف المظالم بعد إقراره بالدين لعباد الله ، كما يباع عن المتمرد عن قضاء الآدميين فدين الله أحق أن يقضى . ولله جزيل الحمد .

(١) **قوله** : ـ لكان هو الصواب ، أقول لك أن تجعل قوله ولو عن حق عائداً اليهما أي يصح وقف أرض لما شاء ولو عن حق واستثناء غلتها لما شاء ولو عن حق واستغنى عن الأخير بالأول لدلالته عليه وإن كان الأغلب في القيود العكس ويكون في العلة إشارة إلى أحد قولي المؤ يد فان في الغيث أن أحد قوليه لا يصح استثناء الغلة عن الحق ويدل على ذلك عبارة الأثمار ويصح الوقف عما شاء ولما شاء واستثنى الغلة كذلك أي لما شاء وعما شاء وإنما فرقوا بين المسألتين بأن الأخرى إذا تسثنى الغلة عن الحق فانه لا يسقط عنه الحق بمجرد استثناء بل بالأخراج لأن المنافع باقية على ملكه كما سيأتي بخلاف المسألة الأولى فانه اذا وقف الأرض على الحقوق سقط عنه في الحال قدر قيمتها غير مسلوبة المنافع ، واعلم أنه استثنى الأثمار والفتح الكفارات فانه لا يجزي الوقف عنها .

(٢) **قوله** : ـ ان صحة استثناء الغلة دائماً الخ ، أقول في البحر أما حيث يتأبد استثناء الغلة فيبطل الوقف إذ من شرطه صحة انتفاع المصرف به مع بقاء عينه بدليل منعهم وقف ما منافعه للغير قال عليه المنار وهو

يصح قوله ﴿ **فيهما** ﴾ إلا إذا لم يستثن جميع الغلة ﴿ **وإلا** ﴾ يستثن الغلة ﴿ **تبعت الرقبة قيل و** ﴾ إذ لم يستحق مصرف الأرض الغلة إلا تبعاً لا قصداً فإن الغلة ﴿ **لا تسقط ما أسقطت الرقبة** ﴾ من الحقوق التي وقفت عنها الرقبة ولو قال ما تسقطه بلفظ المضارع لكان هو الصواب لايهام الماضي أن قائلاً يقول إنها تسقط ما قد سقط بالرقبة ولا قائل بذلك لأنه تحصيل الحاصل قالوا ، وإنما تسقط ما تسقطه الرقبة لفوات[1] مقارنة نية القضاء بالغلة للوقف والنية بعده لا تأثير لها لخروج الرقبة عن ملكه وصيرورة منافعها لغيره فلا يقضي ما هو عليه بحق الغير .

قال المصنف[2] هذا ضعيف لان معنى الوقف عن الحق جعل منافع العين عنه واعترض بأن معناه لو كان ما ذكر لما صح الاستثناء للغلة لأنه رجوع عن الوقوف وأجيب بالقول بالموجب في استثناء جميع الغلة لا في بعضها ويكون معنى الوقف استحقاق المصرف لما لم يستثن ﴿ **و** ﴾ اذا صححنا استثناء الغلة ولم يعين مصرف الغلة وقت الاستثناء كان ﴿ **له بعد** ﴾ الاستثناء ﴿ **أن يعين مصرفها** ﴾ لكن قد عرفت أنه لا يصح إلا إستثناء البعض وإلا بطل الوقف لفوات منفعة العين الموقوفة حينئذ وقد منعوا وقف ما منافعه للغير كما عرفت .

= حينئذ يصح الانتفاع به والمنتفع يصرف الغلة حيث يستثنيها لتصرف في قربة ، وأما منافعه للغير فلا يملك الواقف جعلها لقربة لأنها مستحقة أما لو استثناها لا لتصرف في قربة فليس بوقف لأن حبس العين بمجرده لا يكون قربة لانتفاء الانتفاع ، وإنما ينتفع بالغلة لا بالعين وبه يتضح لك ما في كلام الشارح ، وأن الذي يأتي له قريباً أنه لا يصح استثناء جميع الغلة غير تام لجرى ما ذكره المنار فيه فتأمل .

(١) **قوله** : ـ لفوات مقارنة نية القضاء بالغلة ، أقول لا نية له أصلاً في الغلة إنما نوى إخراج الرقبة لا غير ثم تتبعها الغلة عن غير قصده ، بل بخروج الرقبة عن ملكه وعبارة الغيث لأنه لم يجعلها عن حق بل جعل الرقبة فقط ، وإنما وجب صرف الغلة في مصرف الرقبة لأن الرقبة قد خرجت عن ملكه وكذا الغلة وهي أولى .

(٢) **قوله** : قال المصنف هذا ضعيف الخ ، أقول : في شرح الأثمار بعد نقله لهذا التضعيف ما لفظه لا نسلم ما ذكره الأمام يريد المهدي من أن الغلة تعينت عن ذلك الحق بل الواقف عن الحق هي قيمة الرقبة في الابتداء أو نسبه إلى مؤلف الأثمار وأطال المقال في ذلك وحاصله أنها قد وقعت العين عن الحق بقدر قيمتها حال الوقف وأن غلتها بعد ذلك كذلك وأنه لا يتعين للغلة مصرف ولا تتبع الرقبة وفي كلامه طول فيراجعه من أرداده ويظهر للناظر قوته .

﴿ فصل ومن فعل في شيء ما ظاهره التسبيل ﴾ عبارة نابية حقها ان يقال من فعل شيئاً ظاهرة التسبيل ﴿ خرج عن ملكه ﴾ ظاهراً [١] بمعنى انه لو أراد نقله عن ذلك للتسبيل كان للمتولى منعه وقال المؤيد والأمام يحيى والشافعي لا يخرج من ملكه بل ينوى كالكناية لأن الفعل لا ظاهر له ، لنا أن الفعل حكمه حكم القول في ايجاب الحقوق عند ظهور القرينة كما في المحقر يملك بالقبض وان لم يقع ايجاب ولا قبول وهذا وان كان مخالفاً للقواعد فقط صرح المصنف بأن أكثر أحكام الوقف مبني على أعتبار المناسب المرسل المعبر عنه بالمصالح المرسلة ﴿كنصب جسر[٢] أو تعليق باب في مسجد﴾ مما يظهر ارادة وضعه للقربة ﴿لا﴾ ما لا يظهر فيه إرادة الوقف للقربة ﴿ نحو ﴾ تعليق ﴿ قنديل ﴾ في المسجد ووضع سلم فيه مما ينتقل من موضعه ﴿ ولا ﴾ نحو ﴿ اقتطاع ﴾ أخشاب ﴿ أو شراء ﴾ فراش ونحوه

فصل ومن فعل في شيء ما ظاهره التسبيل

(١) **قوله** : ظاهراً ، أقول : هذا تقيد ذكره المصنف في البحر الا أن ظاهر عبارته هنالك أنه شيء اختاره لنفسه لأنه كلام المطلقين لذلك فأما كسوة الكعبة فقال الأمام يحيى إنها مسبلة وأن استهلاك بني شيبة لا وجه له في الشرع اذ هي كبسط المسجد ونحوها ، وقال المصنف في البحر الاقرب أن كسوة الكعبة غير مسبلة اذ لم يقصده الكاسي لمعرفته استهلاكها بعد الحول مستمراً بخلاف البسط ونحوها قال عليه المنار والأقرب كلام المصنف غير أنها بعد ذلك من مصالح الكعبة ومن مصالحها العاكفين والخدم من أخصهم وبنو شيبة من أخص الخدم فللأمام أن يصرف فيهم ، وقد ذكر هذا غير واحد من الشافعية وغيرهم ، ثم ذكر مفسدة جعل ذلك لبني شيبة على الأطلاق وأستطرد ما يفعلونه مِن البدعة من رفع الكسوة الى قريب الجدار بحيث لا تصل اليها أيدي الطائفين ويسمونه إحرام الكعبة يفعلونه من بعد العشرين من ذي القعدة الى فوق العشرين من المحرم انتهى بمعناه ، قلت ويحرم كسوة غير الكعبة كما جعله الناس فيما يسمونه المشاهد لحديث مسلم عن عائشة مرفوعاً «إن الله لم يأمرنا بكسوة الحجارة والطين» وهتك رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ستراً كان على باب منزله ولا يقال عدم أمر الله تعالى لا يقتضي التحريم غايته مسكوت عنه لأنا نقول ظاهر السياق أنه للنهي وهتكه الستر دليل على ذلك ، وفي الباب أدلة دالة على التحريم غير هذا وقد بسطنا القول على ذلك وبسطه مؤلف الفواصل رحمه الله في رسالة مستقلة .

(٢) **قال** : جسر ، أقول : بفتح الجيم وكسرها لما يعبر عليه وقد يقال ان القنطرة والجسر بمعنى واحد وهو الذي في الضياء والصحاح لأنه فسر القنطرة بالجسر ويقال ان القنطرة المحمولة التي تنصب على الماء ليمضي عليها المارة والجسر محمول على غير الماء وقيل القنطرة العقد على السواقي والجسر السفن يربط بعضها الى بعض ويكبس فوقها بالتراب ثم يعبر عليها قاله في الغيث .

﴿ **بنيته** ﴾ فأن ذلك لا يوجب كونه موقوفاً ﴿ **له ومتى كملت شروط المسجد** ﴾ الآتية ﴿ **صح الوقف عليه** ﴾ لأنه صار بكمالها مظنة لحصول القربة المشترطة في الوقف ﴿ **وهي** ﴾ **أي شروط المسجد خمسة أحدها** كون واقفه مكلفاً، **وثانيها** (أن **يلفظ** ﴾ الواقف لوقف مقترناً ﴿ **بنية تسبيله** ﴾ من الثرى الى الثريا وهو معنى قوله ﴿ **سفلا وعلواً** ﴾ وقال الشافعي إن حصلا وإلا فأحدهما كاف واحتج المصنف بقوله تعالى (وأن المساجد لله) وأجيب [(١)] بالقول بالموجب مع بقاء النزاع لأن الآية انما دلت على أن المسجد بعد كونه مسجداً لله والنزاع في ماهية المسجد ﴿ **أو** ﴾ لم يلفظ بنية كونه مسجداً ، وانما كان حين أن ﴿ **يبنيه ناوياً** ﴾ كونه مسجداً خلافاً للمؤ يد والأمام يحيى والشافعي والكلام في ذلك كما تقدم ﴿ **و** ﴾ ثالثها ـ قوله ـ أن ﴿ **يفتح بابه الى ما الناس** ﴾ المسلمون ﴿ **فيه على سواء** ﴾ ، وقال المنصور يصح الوقف ويجبر على أن يشرع له طريقاً ، وقال أبو يوسف يصح ولا يجبر قلنا يصير بلا طريق كوقف ما لا يمكن الانتفاع به ، وأجيب بأن المالك ومن أذن له ينتفع والوقف على النفس جايز قلنا وضع المسجد على العموم وهو **رابع الشروط** وأجيب بانه محل النزاع **وخامسها** أن يكون ذلك كله ﴿ **مع كونه في ملك** ﴾ للواقف ﴿ **أو مباح محض** ﴾ لم يتعلق لأحد به حق التحجر ﴿ **أو حق** ﴾ للمسلمين ﴿ **عام** ﴾ لهم لكن انما يصح في هذا ﴿ **بأذن الأمام** ﴾ لأنه ولى المصالح العامة ﴿ **و** ﴾ قد عرفت ان ليس للأمام الأذن الا حيث ﴿ **لا ضرر فيه** ﴾ كما تقدم في الاحياء ﴿ **و** ﴾ المسجد ﴿ **لا** ﴾ يجوز أن ﴿ **تحول آلاته وأوقافه بمصيره في قفر** ﴾ بل يبقى كل شيء فيه ﴿ **ما بقى قراره** ﴾ خلافاً للقاسم وصاحب الوافي والامام يحيى ، وخرج للأخوين من قولهما بصحة وضعه في حق عام وهو [(٢)] تخريج قوى ويشهد له اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على نقل المسجد عن وضعه

---

(١) **قوله** : وأجيب بالقول بالموجب ، أقول : وصاحب المنار قال ان التسبيل سفلاً وعلواً من محاسن الشريعة وكأنه لم ينهض له الدليل بغير هذا .

(٢) **قوله** : وهو تخريج قوى ، أقول : واختاره من المتأخرين مؤلف الأثمار ، وفي الغيث تحصيل الكلام في أوقاف ما خرب من المساجد وبقية عرصته أن مستغلاته على وجوه ثلاثة الأول أن تكون موقوفة على هذا المسجد بعينه فمذهبنا حفظها ولا تباع الا لأمرين أحدهما خشية فسادها ، والثاني أن يحتاج المسجد الى العمارة بها فأنه يجوز بيعها حينئذ بعمارته ولو كانت موقوفة ذكر هذا بعض معاصرينا وفيه

الأول الى جنب بيت مال المسلمين لما خافوا عليه كما هو مشهور في سيرهم ، وسيأتي ان شاء الله تعالى جواز نقل مصلحة الى أصلح منها ﴿ **فأن ذهب** ﴾ قرار المسجد ﴿ **عاد لكل** ﴾ من واقفي آلاته ﴿ **ما وقف** ﴾ لأنها تعود ملكاً بل ﴿ **وقفاً** ﴾ لواقفه يعين مصرفاً آخر له .

فصل ولكل من المسلمين ﴿ **اعادة المنهدم** ﴾ من المسجد لأنه قد صار ملكاً لله كالمباح الأصلي هذا اذا أراد عمارته من غير مال المسجد أما منه [١] فالمتولى ان فعل والا انعزل ورجعت الولاية الى من صلح لذلك ﴿ **ولو** ﴾ كان المعاد ﴿ **دون الأول و** ﴾ كذا يجوز لكل من المسلمين ﴿ **نقضه للتوسيع مع الحاجة** ﴾ [٢] الى التوسيع ﴿ **وظن إمكان الاعادة ولا إثم ولا ضمان ان عجز** ﴾ عن الاعادة بعد أن [٣] ظنها ﴿ **ويشرك اللحيق في المنافع** ﴾ أي يكون حكمه حكم الأول في الصرف عليه من أوقاف الأول قيل الا أن ينقص بالتشريك عمارة الأول ومن عنانه ﴿ **وللمتولى كسب مستغل بفاضل غلته ولو بمؤنة**

= نظر الا ان يجعل وقفها عليه مشروطاً ببقائه مسجداً صح ذلك ولو كان كالوقف الموقت ، الوجه الثاني أن لا يكون موقوفاً على المسجد بل يشتري له من غلة أوقافه أو منذور به عليه فأنه يعمل فيه على الأصلح من حفظه بعينه أو بيعه وحفظ ثمنه فأن احتاج المسجد الى عمارة عمر منه .

الوجه الثالث أن لا يكون موقوفاً على المسجد ولا منذوراً به عليه بل وقف لينتفع به في المسجد نحو وقف المصحف للقراءة في هذا المسجد أو وقف أرض ليطعم منها فيه أو فراش ليصلى عليه فهذا يصح نقله الى مسجد آخر كما ذكر على خليل ، قال وهذا عند أهل المذهب وعند المؤ يد بالله يعود للمصالح وأولى المصالح مسجد جنب ذلك المسجد قلت وقد طول الأمام عز الدين في فتاويه الانتصار لهذا القول .

فصل ولكل اعادة المنهدم

(١) **قوله** : أما منه فالمتولى والا أنعزل ، أقول : أما اعادة المسجد من ماله فليس الا لذي الولاية لا غيره ، وقوله والا أنعزل أي إن لم يعد المنهدم مع وجود ما يعاد به من ماله فينعزل لتفريطه في مصلحة المسجد .

(٢) **قال** : مع الحاجة ، أقول : في شرح الأثمار أن هذا الشرط إذا كانت الاعادة من مال الناقض بل المعتبر ظن امكان الاعادة فقط ومراده اذا كانت مؤ نة النقض والاعادة من ماله .

(٣) **قوله** : بعد أن ظنها ، أقول : في شرح الأثمار وجهه أنه أقدم على ذلك وهو مأمور من جهة الشرع .

منارة عمرت منها ﴾ أي من الغلة ﴿ و ﴾ المكسوب ﴿ **لا يصير وقفاً** ﴾ بل [١] ملكاً للمسجد يجوز بيعه للحاجة ﴿ و ﴾ كذا للمتولي ﴿**صرف ما قيل فيه** ﴾ هذا ﴿ **للمسجد أو لمنافعه أو لعمارته فيما يزيد في حياته كالتدريس** ﴾ لأنه عمارة مجازية كما في بعض تفاسير قوله تعالى ، (انما يعمر مساجد الله) وفسر خرابها في قوله تعالى (وسعى في خرابها) بالتسبب لقطع الطاعة منها ﴿ **الا ما قصره الواقف على منفعة معينة** ﴾ فلا يجوز صرفه في غيرها مع حاجتها والاجاز كفاضل مال المسجد ﴿ و ﴾ للمتولي أيضاً ﴿ **فعل ما يدعو** ﴾ المصلين وفي نسخة المسلمين . ﴿ **اليه و** ﴾ له ﴿ **تزيين محرابه** ﴾ .

وقال الأمام يحيى وغيره لا يجوز قلنا [٢] مستحسنة قالوا بل شاغله عن الصلاة لما

---

(١) **قوله** : بل ملكاً للمسجد ، أقول : فيه تسامح اذ الجماد لا يملك بل هو مثل غلة أمواله لأنه من نماء ما هو ملك لله تعالى وهي أوقافه المحققة فهو في الحقيقة مال مدخر للمسجد في نماء أوقافه لا مالك له محققاً بل كأنه استغنى المسجد عن نماء أوقافه فرجحت المصلحة في من اليه النظر جعل نماء أوقافه مدخرة بجعلها في عين تبقى بصورة الشراء ، ومتى احتاجها المسجد لمنافعه ومصالحه بيعت صوره والا فهو انفاق لقيمة المدخر ولم أجد لهم كلاماً بل يطلقون البيع والشراء ولا مالك فيبحث .

(٢) **قوله** : مستحسنة ، أقول : ما أدري ما سوغ وصفها بالاستحسان بعد تسميتها بدعة ما هو الا كما يقال له وجه قبيح حسن فأنه بعد ثبوت أنها بدعة فلا حسن فيها شرعاً وكثيراً ما يطلقون هذه العبارة عند ترويج أي بدعة يريدونها وقد وفى الشارح المحقق المقام حقه جزاه الله خيراً وان كان عمل الناس في جميع الأقطار على خلاف هذا وفي شرح الأثمار أنه لا يجوز مؤلفه تزيين محرابه ولا غيره ولا جعل الشرفات عليه سواء كان من مال الفاعل أم من مال غيره ، قلت وفي الحديث الأمر بجعل المساجد جماء أي بلا شرفات ومن العجب أن هذا كلام مؤلف الأثمار كما ذكره شارحه وأشتهر عند الناس انه الذي أحدث شرفان جامع صنعاء وأثر على عليه السلام لفظه في الانتصار «من علامات القيامة زخرفة المسجد وتطويل المنارات واضاعة الجماعات» وقد أخرج أبو داود عن أنس مرفوعاً لا تقوم الساعة حتى يتباهى الناس في المساجد وأخرجه النسائي بلفظ «من أشراط الساعة ان يتباهى الناس في المساجد» قال ابن عباس «لتزخرفنها كما زخرفت اليهود والنصارى» وأخرج البخاري في ترجمة «باب أن مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان سقفه جريد النخل فأمر عمر في خلافته ببناء المسجد» وقال أكن الناس من المطر وإياك أن تحمر أو تصفر فتفتن الناس ، وأعلم أن عثمان أول من زين المساجد كما أخرج أبو داود أنه زاد عثمان في مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم زيادة كثيرة وبنى جداره بالحجارة المنقوشة والقصة وجعل عمده من حجارة منقوشة وسقفه بالساج ، قال أبو داود والقصة الجص .

تقدم في الابنجانية التي أمر بها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الى أبي جهم والستور المنقوشة التي هتكها ، قلنا مرغب ، قالوا من رغب الى زينة الدنيا فلم يرغب الى الله والالزم ما تقوله الصوفية في ندبية السماع لتشويقه السالكين الى الله تعالى وتقدم قول **أمير المؤمنين كرم الله وجهه** ان زخرفة المساجد من علامات الساعة ولا تقوم الساعة الا على شرارة الناس وشرار الاعمال ﴿ **و** ﴾ كذا للمتولى ﴿ **تسريجه**[1] **لمجرد القراءة ونسخ كتب الهداية** ﴾ وقيل لا لما تقدم من حديث أن المساجد لم تبن الا لما بنيت له وقيل ان كان النسخ للمصالح العامة جاز لأن عموم المصلحة من موضوع المسجد ، قلنا بل ﴿ **ولو** ﴾ كانت ﴿ **للناسخ** ﴾ لأن المصالح الدينية الخاصة كالعامة في كونها مقصودة للشارع ولهذا ﴿ **لا** ﴾ يجوز تسريجه ﴿ **لمباح أو خالياً** ﴾ عن الناس لعدم المصلحة ، وأجيب بأن ذلك مظنة مصلحة لأن المسجد مظنة قصد المصلين له في كل وقت بل ناشئة الليل هي أشد وطأ وأقوم قيلا فأذا ثبت علية الترغيب بالمقاصد الدنيوية فلا وجه لمنع ذلك ﴿ **ومن نجسه فعليه أرش النقص** ﴾ الحاصل بغسله ﴿ **وأجرة الغسل** ﴾ أيضاً سواء كان متعدياً بالتنجيس أو غير متعد لأن الضمان من خطاب الوضع ولا يشترط فيه التعدي والقياس على ما ينقص من العارية باستعمالها فاسد لأن ذلك مما تعورف بأباحة المالك له وذلك مناف للضمان ﴿ **و** ﴾ غسل النجاسة ﴿ **لا يتولاه** ﴾ المنجس له ولا غيره ﴿ **الا بولاية** ﴾ ما لم يخف تلوث المصلين بالنجاسة بالتراخي والا كان ذلك من النهي عن المنكر المضيق على أن في اشتراط الولاية نظر لان رفع النجاسة كرفع الغصب ولاية الى الغاصب والا لما جازله الخروج من الدار المغصوبة الا بأذن مالكها ﴿ **فأن فعل** ﴾ المنجس الغسل بغير ولاية ﴿ **لم يسقطا** ﴾ أي أجرة الغسل وأرش النقص عنه ، أما أرش النقص فظاهر وأما أجرة الغسل ففيه النظر المذكور .

﴿ **فصل وولاية الوقف الى الواقف ثم منصوبه وصياً** ﴾ إن كان الواقف قد مات ﴿ **أو والياً** ﴾ من وكيل العاقل الحي أو لمن زال عقله بعد الوقف .

وأعلم أن المصنف أطلق هذه المسألة في البحر عن ذكر الموافق والمخالف ، وهذا الاختصاص يتمشى على ما تقدم من أن حق الواقف لما وفي نسخة لم ينقطع عن الوقف بمجرد

---

(١) **قوله** : وتسريجة لمجرد القراءة ، أقول : في سنن أبي داود قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم «أيتوا ايليا فصلوا فيه فأن لم تأتوه فابعثوا بزيت يسرج قناديله» فدل أن نفس التسريج قربة لا لقراءة وغيرها بل تعظيماً للمسجد وتنويراً له .

الوقفية لان منافعه عند انقطاع المصرف تعود عليه وعلى ذلك دل فعل أمير المؤمنين عليه السلام في وقف ينبع ووقف عمر حيث قبضاه وجعلا الولاية فيه الى أولادهما ، وأما على قول المؤيد بالله ان منافعه لا تعود اليه ، وأنها تصير هي والرقبة معاً للمصالح فالظاهر انقطاع حق الواقف منها كانقطاعه من الصدقة ، وعلى ذلك دل حديث وقف أبي طلحة ووقف عبدالله بن زيد ، وعند ذلك يلزم كون الولاية فيه لولى المصالح العامة ﴿ **ثم** ﴾ اذا لم يكن الواقف ولا منصوبه موجودين أو وجدا لكن بطلت ولايتهما بما سيأتي كان الولاية الى ﴿ **الموقوف عليه** ﴾ اذا كان ﴿ **معيناً** ﴾ الا انه لا يتمشى الا على القول بملكه للرقبة والا كان ملكه للمنفعة كملك المستأجر لمنفعة العين المؤجرة لا يوجب استحقاقه الولاية على العين ﴿ **ثم** ﴾ اذا انتفت ولاية من تقدم كانت الولاية الى ﴿ **الأمام والحاكم ولا** ﴾ يجوز لهما أن ﴿ **يعترضا من مر** ﴾ تقديمه عليهما في الولاية ﴿ **الا لخيانة** ﴾ تظهر منه ﴿ **أو** ﴾ يعجز عن القيام بالوقف فيعترضانه ﴿ **بأعانة** ﴾ له لا برفع يده ﴿ **وتعتبر العدالة** ﴾ في متولى الوقف ﴿ **على الأصح** ﴾ وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة لا يعتبر الا الأمانة ، لنا أن عدم العدالة مظنة للخيانة والمناط انما هو المظنة لا المئنة بدليل عدم قبول خبر الفاسق الصدوق ولا شهادة العدل القريب للمشهود له ، وأجيب بأن ذلك انما يتمشى على رأي [١] من جعله سلب أهلية لا مظنة ، وأما من علل بالمظنة فيمنع كون الفاسق الصدوق والعدل القريب مظنة مسنداً بتصحيحهم كون أمراء السرايا فساقا مع توليهم لرقاب وأموال أعظم من رقبة الوقف ، ومنافعه ، وأجيب بأن توليتهم مخالفة للقياس فلا يقاس على مخالف القياس ورد بالمنع مسنداً بأنه أصل صحيح لا يمتنع القياس عليه الا بمانع كما في قوله صلى الله عليه وآله وسلم «تجزيك ولا تجزى أحداً بعدك»

فصل وولاية الوقف الى الواقف .

(١) **قوله** : على رأي من جعله سلب أهلية ، أقول : أي جعل عدم قبول خبر الفاسق الصدوق وشهادة القريب العدل وهذا اشارة الى ما في الأصول من أن رد خبر الفاسق هل علته أنه مسلوب أهلية قبول الرواية والشهادة ؟ وهو رأي القاضي الباقلاني وجماعة ، أو لأنه مظنة تهمة ؟ وهو مذهب أبي حنيفة وهو هنا لم يعتبر العدالة لأنه يمنع كون الفاسق الأمين مظنة الخيانة مستنداً اليه المنع بجواز تولية امراء السرايا مع فسقهم ، ولو كانت مظنة الخيانة لما ولوا ، وهذا مبنى على أن أبا حنيفة قائل بجواز ذلك في أمراء السرايا ويأتي للشارح منع ذلك في أمراء السرايا ، ورد الأدلة القائلة بجوازه في كتاب السير فقوله وأجيب الخ ، يتفرع على تصحيح تولية الفساق امارة السرايا ، ويأتي له منعه فلا يتم هذا السند وان كان الكلام على السند فلا يضر كما عرفت .

قلت (١) أما على ما رجحناه في الأصول من أن العموم لم يخرج عن الأطلاق الذي لا عموم فيه اتفاقاً وأن ما ورد على سبب لا يكون الحكم فيه عاماً متعلقاً بغير السبب كما قررناه أيضاً في الأصول فلا مضيق لأن اعتبار العدالة لم يرد في الشرع إلا فيما يستلزم حكماً على الغير وإضراراً به كما في الشهادة والتحكيم بين الزوجين وفي جزاء الصيد وفي نحو خبر الوليد بن عقبة يكفر من أرسل اليهم المستلزم لعقوبتهم ونحو ذلك لمكان الاحتياط في الانتقال عن حكم البراءة ، وأما مثل الولايات فالأصل قبل خيانة الوالي براءته عن الخيانة وبما ذكرنا يتحقق الجمع بين الأدلة وقصر أشتراط العدالة على محل العلة ﴿ **ومن اعتبرت فيه** ﴾ العدالة ﴿ **ففسق عادت ولايته الاصلية بمجرد التوبة كالأمام** ﴾ على رأي من لا يجعل ولايته مستفادة بالنصب والواقف والأب ﴿ **و** ﴾ أما ﴿ **المسافة** ﴾ وهي الحاصلة بواسطة مخلوق ﴿ **كالحاكم** ﴾ تثبت ولايته من الأمام فبتوبته لا تعود ولايته ﴿ **بها** ﴾ وحدها بل ﴿ **مع تجديد التولية** ﴾ أي تكريرها ﴿ **و** ﴾ مع ﴿ **الاختبار** ﴾ له ووجه الفرق بين الأصلية والمستفادة أن على المفيد حقاً (٢) لله تعالى في إعادتها وهو غلبة ظنه بصحة التوبة ولا غلبة قبل التجديد والاختبار بخلاف الأصلية فليس لها مثبت إلا الله تعالى ولا يد فوق يدها الا يد الله تعالى ، وفيه نظر لأن ذلك انما يكون ثابتاً لها قبل حصول المانع ، وأما بعده فقد تحقق ارتفاعها وصارت مستحقة لغير من كانت له والأصل (٣) عدم انتقال استحقاق غيره بعد تحققه وكون مجرد التوبة مسقطاً للحق المتأخر محل النزاع .

(١) **قوله** : قلنا الخ ، أقول : الشارح ينفى العموم واختار في الأصول أن صيغته للأطلاق وينفى عموم الحكم الوارد على سبب ، وهما مسألتان فيهما مقاولة تطول الا أن هنا ليس لفظ عموم وارد في عدالة ولاية الوقف الذي هو محل النزاع ، وأما قوله ان اعتبار العدالة لم ترد في الشرع الا فيما يستلزم حكماً على الغير فجوابه أن كل ولاية تستلزم حكماً على الغير وهل الولاية الا لذلك ؟ فهذا الاعتبار من الشارع دليل على ملاحظتها في كل ولاية ولذا امتنع عَلِيّ من تولية معاوية حتى كان من أمره ما كان ولا مساغ هنا بالتأليف بالتولية للخائن لأنه فعل محظور وينشأ عنه مفسدة دينية مستدامة ثمراتها فتأمل والله أعلم .

(٢) **قوله** : ان على المتولى حقاً لله تعالى ، أقول : ليس عليه اعادة من فسق وإن تاب واختبر فأنه لا يجب عليه اعادته الى الولاية الا أن لا يجد من يقوم مقامه .

(٣) **قوله** : والأصل عدم انتقال استحقاق غيره بعد تحققه ، أقول : الفرض أنه لا يقوم غيره بالأمانة عند فسقه والا فالظاهر أنهم يسلمون ذلك وأنه إذا قام غيره بعد فسقه قبل توبته أنه أحق لأنه دخل فيها ولا أحق منه بها ، فقوله وكون مجرد التوبة الخ لأ أراه من محل النزاع في شيء .

فالحق ما قيل من أن[١] ما دل على الجراءة لم يعد الا بالخبرة الطويلة ثم الدعوة ان كان ذلك في إمام على أن تسميته عوداً مجاز[٢] وانما هو ابتداء سبب للولاية ثان بدليل ان لو ادعى غيره في مدة اختباره لما جاز للمختبر ان يدعو بعده على رأي من لا يجيز تعدد الأئمه ، قال ﴿ م بالله إلا ﴾ أنه يستثنى من بطلان الولاية المستفادة ولاية ﴿ **الوصي** ﴾ فأنه اذا فسق وتاب ﴿ **قبل الحكم بالعزل فكالأمام** ﴾ بجامع عدم العلم بما عند متوليه فيه وقد عرفناك ما على ذلك في الاصلية من نظر فلا نكرره ﴿ **وتبطل تولية أصلها الأمام بموته ما تدارجت وان بقي الوسائط** ﴾ وقال أبو حنيفة وأصحابه وقول للمؤيد لا تبطل احتج المصنف بأن بطلان الأصل يستلزم بطلان الفرع وهو احتجاج بمحل النزاع ، قالوا تمليك تصرف حصل من أهله في محله فلا يبطل بموت المملك كسائر التمليكات ، قلنا يلزم ان لا يجوز للأمام الثاني عزله ، قالوا الثاني بدل عن الأول فكما يجوز للأول يجوز للثاني ، وفائدة الخلاف في صحة تصرف الوالي بعد موت الأول وقبل دعوة الثاني ﴿ **لا العكس** ﴾ وهو ما لو مات الواسطة دون الأمام فأنه لا ينعزل من تحته لكن هذا انما يتمشى على أن الأمري بالأمر بالشيء أمر بذلك الشيء ، وقد أباه المصنف وغيره فيلزمه ان يكون تصرف الأسفل لا بأمر من الأمام لأنه لم يأمره ولا ممن ولاه لبطلان أمره بموته فلا بد من القول بمذهب أبي حنيفة أو بأن الأمر بالأمر بالشيء أمر بذلك الشيء ﴿ **و** ﴾ يجوز ﴿ **لمن صلح لشيء** ﴾ [٣] مما للأمام ﴿ **ولا إمام** ﴾ أي لا تصرف للأمام في محل الصالح لعدم نفوذ كلمته على أصل الهدوية أو مطلقاً على أصل المؤيد لان انتفاء يده لا يستلزم انتفاء ولايته قيل وكعدم [٤] الأمام خشية فوت الحادثة بانتظار إذنه وتوليته .

---

(١) **قوله** : ان ما دل على الجرأة ، أقول : هذا في مفسق خاص والدعوى عامة ثم ليت شعري من ذا يختبر الأمام وكيف تكون الأحكام والتصرفات أيام اختباره وهذا من العلم الذي يقاله ولا يعمل به .

(٢) **قوله** : مجاز ، أقول : انما سموه عوداً لأنه لا يحتاج الى استئناف دعوى وعقد كما يحتاج في الابتداء . والحمد لله كثيراً .

(٣) **قوله** : ويجوز لمن صلح لشيء ، أقول : مثل هذه عبارة الأثمار والظاهر أنه يجب لمن لا يقوم غيره مقامه كما يجب على من يصلح للأمامة القيام بها عند عدم غيره انما بقي الكلام في معرفة صلاحيته هل عند نفسه أو لا بد من شهادة من تقبل شهادته أنه صالح لما يقوم به ، فأن الصلاحية دعوى منه لنفسه تثبت حقاً له على غيره فلينظر ، وقد بحثنا فيه قريباً كما يأتي .

(٤) **قوله** : وكعدم الأمام خشية فوت الحادثة ، أقول : أي بحيث يخشى فوات المقصود فأنه لا يعتبر عدم الأمام حينئذ بل يجوز ذلك مع وجوده وقوله لشيء عام ككل أمر هو الى الأمام من نصب الحكام وعزلهم واقامة الجمع والحدود والجهاد ، وحاصله كل ما كان الى الامام كان الى ذي الصلاحية .

قلت وهو قول صحيح لما سيأتي ، فيصح للصالح حينئذ تولى ذلك ولو ﴿ **فعله بلا نصب** ﴾ من الأمام ولا من الخمسة ﴿ **على الأصح** ﴾ خلافاً للمؤ يد والفريقين واشترطوا نصب الخمسة ، لنا أن ذلك من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ووجوبه مطلق لم يقيد بنصب قالوا فلا يتقيد [١] بالأمام ، قلنا [٢] قيده به حديث « أربعة الى الأيمة » قالوا لم يثبت رفعه باتفاق المحدثين ، وإنما هو من كلام التابعين الحسن وعمر بن عبد العزيز وعبدالله بن محيريز وعطا ومسلم بن يسار ، ولو سلم فهو مشكل لأنه [٣] إن أريد أن الأمام شرط في وجوب تلك الأحكام لزم أن لا تجب الزكاة عند عدم الأمام وهو خلاف الأجماع ، ولزم أيضاً أن يكون

---

(١) **قوله** : ولا يتقيد بالأمام ، أقول : أي لا يتقيد أمر الصلاحية بعدم وجود الأمام بل إذا كان فعل الصالح من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فليجز مع وجود الأمام فأن ايجابهما على الأمة مطلق ، قلت ولا يعتبر أيضاً الصلاحية فانه يأتي انهما يجبان على كل مكلف من غير اعتبار لغير التكليف ، وعلمه بالمعروف والمنكر .

(٢) **قوله** : قلنا قيده حديث أربعة الى الايمة تقدم ، أقول : أي قيد نفوذ حكم الصلاحية بعد وجود الأمام حديث « أربعة إلى الأيمة » تقدم لفظه وبيان أنه غير مرفوع في الجمعة ، ولقائل أن يقول الحديث لو ثبت خص الأربعة بأنها الى الأيمة فيخرج من عموم وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الثابت بدليله على كل مكلف وبقي ما عداها على وجوبه الأصلي ويخص من صلح لشيء بها غايته انه نص على بعض أفراد العام ، وهي أدلة وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بقيد يعين من هي اليه فيبقى ما عداها عاماً لكل مكلف وهو أهون من هذه المقاولة .

(٣) **قوله** : لأنه إن أريد الخ ، أقول : لم يأت لهذا الشق بمقابل ثم إنه يظهر من شرطهم الأمام في الجمعة وقولهم إن إليه وحده إقامة الحدود والجمع وغزو الكفار أنهم يرونه شرطاً في وجوب هذه الأحكام ، وأما الزكاة فالأجماع على وجوبها ومعرفة ذلك من ضرورة الدين من غير شرط أوجب خروجها عما ضمت إليه في الحديث ، وغايته أن يكون المراد أربعة إلى الأيمة بعضها بالوجوب وبعضها يكون وجوب القبض والأقباض إلى الأمام إن وجد فيجب على المزكي تقبيض الامام وعليه قبضها فهاهنا واجبان ، واجب وجود الأمام شرط فيه وهو الأقباض وواجب لا يشترط فيه وهو وجود الأمام ، فان وجد فالواجبان بحالهما وإن فقد سقط الواجب الثاني وبقي وجوب إخراج الزكاة ووجب على ذي المال إخراجها كما يجب على من صلح لشيء ولا إمام فعل ما إلى الأمام فعله فلا يتم قول الشارح لزم أن لا تجب الزكاة وهذا كله مشى معه على ما مشى عليه من تسليم كونه حديثاً مرفوعاً والحق أنه ليس بحجة وليس الأمام شرط في جمعة ولا غيرها .

ناسخاً لأطلاق تلك الواجبات القطعية والقطعي لا ينسخ بالظنى الصحيح فضلا عن مثل هذا الأثر المشكل سنداً ودلالة .

قلت وقد رجح الأمير الحسين في باب الجمعة من الشفاء ما ذهب إليه القـاضيان جعفر بن احمد وابو الفضل بن شروين من جواز تولي غير الأمام للأربعة بلا نصب واعترض دعوى إجماع أهل البيت وذلك يعود على شرعية أصل الأمامة بالنقض لأنها لم تجب [١] على ظاهر استدلالهم إلا لحديث أربعة إلى الأيمة ، قلنا بل لا جماع الصحابة ، قالوا فعل لا يدل على الوجوب المدعى ولأن الثلاثة الخلفاء أقاموا الأربعة وليسوا بالأيمة عندكم ، قلنا بغي على أمير المؤمنين كرم الله وجهه ، قالوا لو كانوا[٢] بغاة لما تولاهم أمير المؤمنين عليه السلام كما لم يتول من بعدهم .

قلت واختار ذلك شيخنا وحكم بأن [٣] من تولاه مع [٤] مع وجود الأمام لا يكون باغياً على الأمام ولأن ولاية الأمام نفسه إنما تثبت عندنا بصلاحيته لتولي تلك الأحكام مع دعائه إلى معاونته عليها وكل ذلك يرجع على اشتراط عدم الأمام هنا بالنقض لأنهم تولوها مع وجود الأمام ولا بد لنا من تصحيح ذلك وإلا [٥] لحكمنا بأن جميع ائمتنا صانهم الله بغاة لأنه ما من داع منهم

---

(١) **قوله** : لأنها لم تجب على ظاهر استدلالهم إلا لحديث « أربعة الى الأيمة » ، اقول : يأتي تحقيق الأبحاث كلها في كتاب السير إذ هو موضعها وقد استعجله الشارح هنا وسيتكرر .

(٢) **قوله** : لو كانوا بغاة لما تولاهم ، أقول : توليه لهم يعود على شرطية المنصب بالنقض إذ توليه صحة إمامتهم وهو دليل عدم شرطية المنصب الذي يقوله أهل المذهب .

(٣) **قوله** : بأن من تولاه ، أقول : أي تولى الشيء الذي اليهم ولايته مع وجود الأمام أن المصنف قد دفع كون المشايخ الثلاثة بغاة بأن أمير المؤمنين عليا قد رضي بتوليهم لذلك وقد استجوده الشارح فيما يأتي ومضى له في الجمعة كثير من ذلك .

(٤) **قوله** : مع وجود الأمام أقول : علي كرم الله وجهه وهو وإن لم يدع وطريق الأمامة الدعوى فان من لم يدع وان لم يستجمع الشرائط فانه ليس بإمام إلاَّ أمير المؤمنين وولديه فإمامتهم منصوصة فهم أيمة وإن لم يدعوا هكذا يقررونه ويروون حديث « الحسنان إمامان قاما أو قعدا » وينظر من خرجه من أيمة الحديث فيبحث عنه .

(٥) **قوله** : وإلا حكمنا بأن جميع أئمتنا الخ ، أقول التحقيق أن القايم معارض لغيره لا يقوم إلا معتقداً أن ذلك الغير ليس بأمام بل غاصب للمنصب فاعل لمنكر يجب إزالته إما لأنَّه غير مستكمل لشرائط الأمامة

وإلا وقد عارض غيره وتولى ما تولاه فأن ، قلنا بأن ذلك جائز لكل منهم فالمدعى ولزم منه جواز تعدد الأيمة أيضاً كما نقل محمد بن منصور عن الحسن بن يحيى أنه قال إن القول بتعددهم إجماع آل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، فان قلنا إنه ليس إلا لبعض معين أو مبهم وبقي من عداه وجب رد علومهم وروايتهم والمنع من تقليدهم أولهم [(١)] المصنف رحمه الله عارض من قبله وتولى ما إليه ولايته فأن قيل ذلك اجتهاد ولا تفسيق به ، قلنا ينبني على أن [(٢)] الأمامة غير

= وإما لأنه عرض له بعد الدخول فيها ما يوجب خلع طاعته ولا يقوم قائم من الآل على غيره إلا وقد وجه دلائل وحججاً على بطلان إمامة من عارضه فلا يكون باغياً وبهذا يعرف سقوط قوله فأن قلنا الخ .

(١) **قوله** : أولهم المصنف ، أقول : أي أول من ترد علوم درايته وروايته من المعارضين المصنف لأنه دعا بعد دعوة من عارضه وفيه ما سلف آنفاً من أنه ما دعا إلا جازماً بأن معارضه ليس أهلا لمنصب الأمامة وقد بين ذلك في رسائله على إنه لو سلم البغي فقد نقل الشارح الأجماع من عشر طرق على قبول رواية فاسق التأويل ذكره في شرح الفصول بل ذكر أن الدعاة من أئمة المتأخرين لا يتحقق إمامتهم ، وأطال في ذلك ونقله عن مؤلف الفصول وأقره ، ولا يخفى أن المصنف من المتأخرين ، وقوله أولهم المصنف لا يخفى أنه ليس بأول من عارض غيره من الدعاة وكأنه يريد أول من ترد علومه لأن مؤلفاته أشهر من غيرها من مؤلفات الآل في هذه الديار ، ثم لا يخفى أن علم الدراية وهي علم المعقول لا يشترط فيها عدالة من عقلها ودراها بل قبل الناس علم الميزان وهو من علوم الكفار من الفلاسفة ، وإنما يشترط العدالة في علم الرواية وهو علم المنقول لأنه رواية عن الغير فذكره له هنا في غير محله وقد قدم هذا البحث في شرح المقدمة هجن به على المصنف وتقدم رده في الحاشية هنالك . ولله جزيل الحمد وله المنة .

(٢) **قوله** : على أن الأمامة غير قطعية أقول المراد إيجاب نصب الأمام على الأيمة واجب قطعاً أو المراد أن إمامة الوصي قطعية أو شرطية كون الأمام بتلك الشرائط قطعي وأن دليل كل شرط وجوبه قطعي لأن المراد انه يعرف كل أحد من متبعي الأمام انه إمام قطعاً حتى تحرم عليه مخالفته وفي رسالة الأمام عز الدين ما يقضي بأن مرادهم أن كلا من شرائط الأمامة قطعي وناقشهم في ذلك بما عجز علماء عصره عن جوابه ، وأما الطرف الأول فليس الكلام فيه ، واما أنه يجب على كل من متبعي الأمام معرفة إمامته أي استجماعه لشرائط الأمامة قطعاً فهذا غير مراد إذ قد يعرف بعض الشرائط بالتقليد كما يأتي لهم في كتاب السير أنه يسأل غيره عما لم يعلم من صفات الأمام ، قال الشارح كالاجتهاد فأنه لا يعرف الا مجتهد فاذا كان الباحث مقلداً لا يعرف الاجتهاد والتقليد لا قطع معه على أنه لا يتحقق بغي أحد المتعارضين إلا مع اعتقاده وتصريحه بأن من خرج عليه إمام حق واجب الطاعة ولا يعرف هذا في إمام خرج على من قبله بما يعرف في الغوغاء الذين يتخطفون البلاد ويقولون الأمام إمامنا والكلام كلامنا .

قطعية وانتم لا تقولون به فما حصلتم إلا أن اعترفتم بظنية حقوقها ومستحقها وذلك هو المطلوب من جواز مخالفتها بالاجتهاد وصحة تصرف [١] كل باجتهاده .

تنبيه قد حصل[٢] لك من هذا أنه إذا صح الاستقلال بالأمر بالمعروف والنهي عن

---

(١) **قوله** : وصحة تصرف كل باجتهاده ، أقول : إن كان المتصرف باجتهاده قد دخل تحت طاعة القائم واذعن له بالخلافة فأنه محرم عليه مخالفته وشقاقه ومن الشقاق التصرف فيما إليه أمره كنصب الحكام مثلا باجتهاده لا بأمر من بايعه وحديث النهي عن الشقاق لمن بويع والأمر بطاعته وتواتر من الأحاديث النبوية وانه يطاع في المنشط والمكره وفي الأثرة وغيرها وانه لا ينزع يداً عن طاعة ما لم يكن كفراً بواحاً ولا ينازعهم الأمر ما أقاموا الصلاة ما يقضي بوجوب طاعته عادلاً كان أو جائراً وتجب له الطاعة في طاعة الله لا في معصيته وإن كان تصرفه ولا خليفة أو كان ثمة خليفة لم يبايعه ولا هو تحت وطأته فهذا له النظر والتصرف بالصلاحية إلا أن فيه إشكالا وهو أنه قد يشمل البلد التي لا خليفة فيها على جماعة يصلح كل لما يصلح له الآخر فينصب هذا حاكماً ويعزله الآخر فيؤدي إلى الشقاق والفساد وهو خلاف المراد ، ولا يرفع هذا الشقاق إلا اجتماع أهل الصلاحية على تأمير أحدهم ممن ينقادون له وقد وردت الأحاديث في تأمير الثلاثة إذا كانوا في سفر لأحدهم وبالأولى الأكثر من الثلاثة وبالأولى الحضر فمن قال إنه لا بد من نصب الخمسة فما أبعد في نفس الدعوى وإن أبعد في الحصر على هذا العدد فانه إنما اتفق أن الذين نصبوا أبا بكر خمسة كما اتفق ان اول جمعة حضرها أربعون نفساً وليست الاتفاقيات شرائط الشرعيات فأن البلد لو لم تشتمل إلا على ثلاثة من أهل الصلاحية أي من أهل الزهد والعلم كما ذكره أهل النصب فنصب اثنان الثالث كان صحيحاً ووجبت طاعته ودليله حديث السفر فأنه نص على تأمير اثنين للثالث وفائدة التأمير التزام طاعة الأمير في طاعة الله تعالى أخرجه أبو داود والضياء المقدسي في المختارة من حديث أبي هريرة «إذا خرج ثلاثة في سفر فليؤمّروا أحدهم» وهو أمر يقتضي الايجاب وقد استدل أهل النصب بنصب الصحابة لأبي بكر واستدل به أهل المذهب على أنه يجب على الأمة نصب إمام وذلك انه لا بد للأمة من زعيم يلم شعثها وكل بلد خلت عن خليفة وامام لا بد من زعيم يلم شعث أهلها وذو الصلاحية وحده لا يصلح لذلك لأنه لا يطاع طاعة عامة في الغالب ، واعلم أن اقوى ادلة النصب حديث المسافرين وأنه يجب طاعة المنصوب في كل أمر به في طاعة الله وله قتال من خالفه كل ذلك دليله نصب أبي بكر وايجاب طاعته وقتاله مانعي الزكاة وهل تجب طاعة ذي الصلاحية كطاعة المنصوب قياسه الوجوب عند القائلين به وهل يجب عليه الانتصاب ظاهر عبارة الأزهار انه لا يجب وصرح في الغيث بالوجوب عيناً إن لم يصلح سواه وكفاية إن صلح غيره .

(٢) **قوله** : قد حصل لك من هذا ، أقول: قد حصل لك من بحثنا أنه لا يحكم للصلاحية من حيث هي بل الواجب عند عدم الخليفة اجتهاد من إليه النظر في إقامة من يلم شعث المسلمين ويحفظ حوزتهم =

المنكر[١] بدون تولية من الأمام فأحرى أن لا يجب تولية من غيره أعني الخمسة لأنهم ليسوا إحدى الحجج المعروفة في الأصول ولا من عينهم حجة.

نعم يصلحون شهوداً بالصلاحية لأن البعض على أن الخمسة نصاب التواتر وهو حجة بالأجماع ولا بد لنا منه وإلا لزم أن يتبع كل ناعق يدعى صلاح نفسه بغير شاهد.

= وينتصف للمظلوم من الظالم ويجاهد الأعداء وأن ذا الصلاحية لا يطاع طاعة من ينصب إذ غاية ذي الصلاحية أن يرى نفسه أهلا لأمر من أمور المسلمين التي يحتاج إليها عامتهم فيفعل فلا يطاع فلم يقم فائدة أمره بخلاف من يقام بنصب فأنه لا بد من تواطؤ جماعة على نصبه متبوعين في الغالب فيتبعهم الناس على طاعته ، واعلم أن مراد المصنف من قوله ولا إمام هو من جمع شرائط الأمامة الآتية في السير فلو وجد خليفة فاقداً لشرط منها فوجوده كعدمه فعلى هذا تصرف الملوك من الأموية والعباسية بل ملوك الدنيا أجمعين إلا أفراداً من الآل عليهم السلام لم تنبسط لهم الولايات باطل إلا ما كان عن صلاحية ولا تعلم وفي هذا من الحرج ما لا يخفى والذي قامت عليه الأدلة أن من قام بأمر الناس واجب الطاعة في طاعة الله تعالى وإلا فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، وإذا فقد من يقوم بأمر الأمة كافة وجب على الأمة كافة نصب من يقوم بأمرهم ويلم شعثهم فأذا اقامه بعضهم من غير تعيين عدد وجب على الكل طاعته ، وأما شرائط من يقام فيأتي الكلام عليها في كتاب السير فأن تضيقت الحادثة فكما سلف للشارح أنه يعمل فيه ذو الصلاحية من غير ولاية ولا نصب عند القائلين به فان هذا متفق عليه عند الفريقين كما صرح به الغيث .

(١) **قوله** : وإذا صح الاستقلال بالأمر والنهي عن المنكر الخ ، أقول : الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجبان مستقلان لا يشترط فيهما وجود إمام ولا عدمه ولا نصب ، ويأتي انه يجب على كل مكلف الأمر بما علمه معروفاً والنهي عما علمه منكراً ، إنما النزاع هل كل مكلف يصلح للأمر بكل معروف والنهي عن كل منكر أو بعض المعروف وبعض المنكر لا بد للآمر به والناهي عنه من خصوصية فأهل النصب قالوا لا بد له من خصوصية هي نصب الخمسة ، وصفات يمتاز بها عن غيره من الزهد والعلم فمن لم يعتبر النصب قال لا بد من اختصاصه بالصلاحية ، والحق أن يقال إن أريد من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الأعلام للمكلفين المتلبسين بارتكاب المنكر وعدم النهي عنه وهو الأمر بالمعروف فهذا يصلح لكل من علم أن المأمور به معروف وأن المنهي عنه منكر من دون ولاية ولا نصب ، وقياس هذا أن يكون وفاقاً فأنه محصل أدلة الأمرين ، كيف وقد يكون المنكر عليه والمأمور بالمعروف هو الوالي كما أنكر على مروان إخراجه المنبر وتقديمه خطبة العيد من ليس بمتول بنصب ولا غيره ولا صلاحية اذ هو من أفراد الحاضرين وغير ذلك مما يطول لعارفه تعداده وإن أريد الأمضاء للأمرين كرفع يد الجائر من العمال وتولية الحكام فهذا لا يتم إلا بالنصب والتعاون والتعاضد والتساند

﴿ فصل ﴾

﴿ وللمتولي [١] البيع والشراء لمصلحة ﴾ لما تولى عليه ﴿ و ﴾ لكن ﴿ البينة عليه إن نوزع ﴾ فيها بناء على [٢] أن الأصل في الأولياء عدم الصلاح وقد تقدم الخلاف في

= على الأمضاء وإلا كان عيباً ضائعاً كما تقول الرجل الفرد المجهول الذي يرى نفسه أهلا وصالحاً للأمرين ولا يراها كذلك بل يرى بقاءه عاملا منكراً للملك قد عزلتك ويقول لمن يراه أهلا قد وليتك فهذا باللعب والسخرية أشبه وهذا لا تأتي به محاسن الشريعة الغراء ولكن ليس هذا من مجرد الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هذا ما يقوي عندي في البحث ولم أجد من تصدى لتفصيله مع حاجة الناس اليه سيما أهل المذهب ، اللهم إلا أن يريدوا بالصلاحية الاتصاف بالأهلية مع القدرة على الأمضاء إلا انهم لم يتعرضوا له مع احتياج أهل المذهب إليه الذين مضت أزمانهم ولا إمام يعتقدون إمامته بل غالب الأموات من أئمتهم الذين يرجعون إلى تنفيذ أقوالهم كانوا أيام قيامهم لا يقرون لهم باستحقاقهم ذلك المنصب يعرف ذلك من فتش سيرهم وأخبارهم ، نعم ينبغي أن يقال الأعلام للمنكر عليه مع جهله أنه فاعل لمنكر فرض عين على كل أحد مع شرائط الأنكار ويكون الأمضاء المفتقر الى التعاضد والتعاون فرض كفاية أو يقال الجميع فرض عين إذا حصلت شرائطه وجب ، وأن التعاون في الأمضاء كأراقة الخمر على جماعة الفساق هو من شرائط الأنكار وإلا وجب الأعلام وترك قنان ـ هـ ـ الخمر والمقامات تختلف .

(١) **فصل وللمتولي** ، أقول : الأظهر ويجب على المتولي إذ التصرف بالمصلحة هو الذي ولى لأجله فهو واجب عليه .

(٢) **قوله** : بناء على أن الأصل في الأولياء عدم الصلاحية ، أقول : اضطرب كلام المصنف فهنا بنى على ذلك وفيما سلف فصل في أحكام تصرفه وصاحب الأثمار طرد التفصيل هنا وهناك قال هنا وللمتولي كل تصرف فيه مصلحة فأن نوزع فكما مرَّ قال شارحه أي في البيع مع التفصيل وهو أن القول له في الشراء وبيع سريع الفساد والمنقول وفي الأنفاق والتسليم والبينة عليه فيما عدا ذلك وإنما عدل عن عبارة الأزهار لأنها توهم المناقضة لما مرَّ في البيع ولذا انه بنى على قول الهادي أن الأصل في الأولياء عدم الصلاح وفيما تقدم على قول المؤيد وقيل كلامه هنا مطلق وفي البيع مقيد فيحمل المطلق على المقيد وعبارة الأثمار سالمة عن ذلك اهـ قلت والذي يقوي عندي التفصيل فأن كان الوالي الأمام أو الحاكم فالأصل الصلاحية لأن المراد بهما إذا أطلقا من له أهلية ذلك شرعاً والصلاحية داخلة في صفته دخولا أولياء ، وإن كان الوالي غيرهما وغير من نصباه إذ من شأنهما أن لا ينصبا إلا من له صلاحية والأصل في غير الثلاثة عدم الصلاحية فانه إذا كان الأصل عدم العدالة فبالأولى عدم الصلاحية إذ هي أخص منها ، فهذا التفصيل عليه يقوم الدليل ولا أعلم أحداً تعرض له في المسألة في الطرفين ، واعلم أن المصنف غيّر

ذلك فلا نكرره ﴿ و ﴾ يجوز له أيضاً ﴿ **معاملة نفسه بلا عقد** ﴾ وإن تعلقت به حقوق الطرفين فقد عرفناك أن طالباً مطلوب من جهتين جائز غير ممتنع ﴿ **و** ﴾ يجوز له ﴿ **الصرف فيها** ﴾ أي في نفسه حيث كان من مصارف ما تولى عليه ﴿ **و** ﴾ يجوز له أن يصرف ما تولى عليه كله ﴿ **في واحد** ﴾ من جنس [١] المصرف ﴿ **أو أكثر و** ﴾ يجوز له ﴿ **دفع** ﴾ ما يستغل من ﴿ **الأرض ونحوها إلى المستحق للاستغلال إلا** ﴾ أن يستثنى الغلة ﴿ **عن حق** ﴾ يشترط في التخلص منه التمليك للمصرف كالزكاة لا ما لا يشترط فيه التمليك كالمظالم أو لا يمكن فيه التمليك كالحق الذي عليه للمسجد أو للمصالح ، وأما إذا كان التمليك شرطاً ﴿ **فيؤجرها منه ثم يقبض الأجرة ويرد** ﴾ ما قبض ﴿ **بنيته** ﴾ [٢] أي بنية ذلك الحق ﴿ **قيل أو** ﴾ لا يقبضها بل ﴿ **يبريه** ﴾ منها بنية ذلك الواجب وأشار المصنف بلفظ القيل إلى أنه مخالف لما تقدم في الزكاة من عدم صحة الأبراء والأضافة بنيتها واحتج هذا القائل بأن من له ولاية الوقف ﴿ **كالأمام** ﴾ وقد صرح الهادي بأن للأمام أن يصرف فضلة سبيل الله في المصالح كما تقدم في الزكاة والوقف من المصالح فيلزم صحة أن ﴿ **يقف** ﴾ الأمام من بيت المال ولا تمليك في الوقف لعدم القابض فأن التمليك إقباض يستلزم مقبضاً وقابضاً ومقبوضاً ولا

= صيغة المنازعة فجهل الفاعل وقد بنى في الغيث أن المنازع لا يحتاج إلى ولاية لأنه يكون من باب النهي عن المنكر إن حصل له يقين عدم المصلحة فأن لم يحصل له يقين بل التهمة لم ينازع الا بولاية .

(١) **قوله** : من جنس المصرف ، أقول : احترز عما لو كان لمعينين فأنه يجب عليه تقسيطه بينهم فظاهر عبارة المصنف أنه يدفع إلى واحد ولو كان على الفقراء ، وقال أبو مضر لا بد أن يدفعه إلى ثلاثة فصاعداً وكذا إلى الاثنين يجوز والثلاثة أحوط قال المؤيد يجوز إلى واحد في الزكاة ولا يجوز هنا وذلك لأن الصرف إلى واحد إنما ورد في الزكاة لأنه صلى الله عليه وآله وسلم جعل صدقة بني زريق لسلمة بن صخر ، قلت كلام المؤيد قويم لأن أقل الجمع ثلاثة ويطلق مجازاً على غيرهم ، فلما وقع من الشارع العالم بمراد الله تعالى صرفه عن الحقيقة أقر على ما ورد عليه وبقي ما عداه على الحقيقة اللغوية ، وأما من أجاز في الاثنين فبناء على ان أقل الجمع اثنان كما هو قول ويحتمل أن من أجاز في الواحد أنه بناه على أن اللام قد أعادت الجمع للجنس .

(٢) **قال** : بنيته أي بنية ذلك الحق ، أقول : في المسألة ثلاث صور ، أحدها أن يقف الأرض على الفقراء ولا يجعل غلتها ولا رقبتها عن حق ، والثانية أن يقف الأرض عن حق واجب ولا يذكر الغلة لما هي ، ففي هاتين الصورتين يجوز دفعها إلى الفقير ليستغلها والثالثة أن يقف الأرض ويستثنى غلتها عن حق واجب عليه فهذه لا يجوز دفعها إلى الفقير ليستغلها لأن البذر منهم والزرع لهم ولم تجب عليهم أجرة لأنها لم تسلم إليهم إجارة بل لا بد من تأجيرها منه ثم قبض الأجرة وردها إليه عن الحق .

قابض في الوقف فلا تمليك ﴿ و ﴾ روى عن المؤيد أن للأمام ان ﴿ يبرىء ﴾ من غلة المظالم التي لا يعرف أربابها وهي ﴿ من بيت المال ﴾ ولا تمليك في الأبراء لعدم المقبوض وإذا قد صح من الأمام الأمران مع عدم حصول التمليك فيصلح البراء من ولي الوقف بجامع ما بينه وبين الأمام وهو [١] ملك ولاية التصرف مع أن قول المؤيد بصحة البراء من المظالم يستلزم عدم الفرق بين البراء منها ومن الأعشار أيضاً ، والمصنف قد أشار بلفظ القيل إلى ضعف القياس في مسألة الهادي بالفرق بين ما يمكن فيه التمليك وما لا يمكن فيه لأن الهادي إنما يشترط التمليك حيث يمكن ، ولا يمكن في الصرف في بعض المصالح ، وأما ضعفه في مسألة المؤيد فانما كان [٢] من قبيل ضعف رواية صحة البريء عن المظالم عنه لا من جهة ضعف القياس لأن الصحيح عند اعتبار التمليك في الصرف مطلقاً ﴿ و ﴾ يجوز للمتولى على الوقف ﴿ تأجيره دون ثلاث سنين ﴾ حذراً من إمكان دعوى [٣] المستأجر تملكه مع طول استمرار اليد ﴿ و ﴾ متولي الوقف يجوز له ﴿ العمل بالظن فيما التبس ﴾ عليه ﴿ مصرفه ﴾ أي لم يعلم يقيناً وإلا فاللبس الحقيقي يوجب رجوعه للمصالح ﴿ و ﴾ على متولي الوقف أن

---

(١) قوله : وهو ملك ولاية التصرف الخ ، أقول : أبطل في الأثمار وشرحه الوابل هذا القياس بالفرق بين الأصل والفرع فأن ولاية الأمام كالملك لكل ما ولي عليه من مظلمة وزكاة وخمس ، فصح منه البراء لمن لزمته ممن لم يكن عليه في الأصل وذلك كالمتصدق والمتولي والغاصب لشيء من ذلك لأنها قد تعينت لبيت المال فيصح من الأمام أن يبرىء عنها لزوال المانع الحاصل من المتأخر فلا حاجة إلى القبض عن المالك لأن ذلك قد خرج من ذمة من هو عليه بقبض العامل والغاصب وتعين عن الواجب ، وذكر صوراً لا يصح من الأمام فيها الأبراء وهو أن يكون الحق لازماً للشخص من أول وهلة بأن يكون ثابتاً بالأصالة لا من جهة غيره فليس للأمام أن يبريهُ من ذلك الحق نحو أن يلزمه زكاة او نحوها من قبل نفسه .

(٢) قوله : فأنما كان من قبيل ضعف رواية البراء ، أقول : الذي ذكره المصنف في ضعف ما ذكره أبو مضر عن المؤيد عن الفقيه ح هو أن المؤيد إن لم يعتبر التمليك في المظلمة فالدين ناقص فلا يجزى عن الكامل . فعرفت أنه من جهة ضعف القياس لا ضعف الرواية عنه .

(٣) قوله : من دعوى المستأجر تملكه ، أقول : في المنار ليس لهذا التوقيت وجه قالوا لئلا يلتبس بالملك ، وليست هذه بعلة مستقرة ، وقد قال بذلك الحنفية وقد رأيناهم يعقدون إلى ثلاثة وثلاثين عقداً ليكون الاجارة مائة سنة ما أدري كيف منعت هذه لعقود تلك العلة ، وأكثر بيوت مكة أوقات مؤجرة نحو ما ذكر عشرين سنة خمسين سنة ومائة سنة .

﴿ **لا يبيع** ﴾ شيئاً مما تولاه ﴿ **بثمن المثل مع وقوع الطلب** ﴾ لشرائه أو حصول[1] الظن منه بأن يشتري ﴿ **بالزيادة** ﴾ على ثمن المثل لأن ذلك تفريط في مصلحة الزيادة ﴿ و ﴾ عليه أن ﴿ **لا يتبرع بالبذر حيث الغلة عن حق** ﴾ لأن التبرع لمالك البذر فلا يسقط شيئاً مما على الواقف لأن التبرع في حقوق الله تعالى لا يصح .

قلت لكن قد لزمته أجرة الأرض وهي نفس الغلة فاذا صرف من الغلة أجرة المثل من نصفها او نحوه فقد اسقطت من الحق بقدرها قطعاً وغايته ان يكون عامل نفسه بزرع الأرض لنفسه فلو قال ولا يصح تبرع عن الغير بحق عليه لله تعالى لكان هو الصواب وإن لم يكن له ، ولقوله ﴿ **ولا يضمن** ﴾ من غلات الوقف ﴿ **إلا ما قبض** ﴾ منها خصوصية ذِكْرٍ من بين أحكام تصرف المتولى على الوقف الجائزة والممتنعة ، لكن ضمان المقبوض لا يثبت أيضاً إلا ﴿ **إن فرط** ﴾ وإلا فلا ضمان لأنه أمين لكن لا وجه للفرق بين المقبوض وغيره مع التفريط لأن تفريطه في القبض نفسه تفريط في المقبوض ، فيكون حكمه حكم ما لو فرط في المقبوض ﴿ **أو كان أجيراً مشتركاً** ﴾ في وجوب الضمان في الثلاث الصور ﴿ **و** ﴾ متولي الوقف عليه ان ﴿ **يصرف غلة الوقف** ﴾ أولاً ﴿ **في إصلاحه ثم في مصرفه** ﴾ لأن حفظ المثمر أولى من حفظ الثمرة من حيث ان حفظه حفظ لها ولا عكس فلا حاجة الى قوله ﴿ **وكذلك الوقف عليه** ﴾ أي الوقف على الوقف لدخوله في عموم الحكم الأول ، وإنما يحتاج الى ان ما بقي بعد الوقف الثاني وبعد الأول صرف ﴿ **في مصرف** ﴾ الوقف ﴿ **الأول** ﴾ وقيل غلة وقف لا يتعدى مصرفه الى مصرف مصرفه بخصوصه بل يبقى لمصالح وقفها او للمصالح العامة ﴿ **و** ﴾ الوقف ﴿ **من استعمله** ﴾ من مصارفه ليكون للمسألة خصوص بالمقام وإلا فكل مستعمل لحق الغير إذا استعمله ﴿ **لا باذن واليه**[2] ﴾ فغاصب واحترز بقوله ﴿ **غالباً** ﴾ عما علم من العرف استعماله لا باذن المتولى

---

(١) **قوله** : أو حصول الظن بأنه يشتري ، أقول : في شرح الأثمار فأما ما لم يقع مطالبة من الغير لكن غلب في ظن المتولي أنه لو شهر بيع ذلك الشيء حصل فيه من الثمن أكثر ، فقال المؤيد يصح ويكره . ولله جزيل الحمد وله المنه.

(٢) **قوله** : إلا باذن واليه ، أقول : في الغيث واعلم ان التصرف في مال الغير بغير إذن يكون على ثلاثة وجوه ، الأول بمجرد الحفظ فذلك جائز إذا خشي ضياعه قولاً واحداً من غير إذن حاكم ولا إمام ، ؛

كالخانكات وإذا كان المستعمل غاصباً ﴿ **فعليه الأجرة وإليه صرفها** ﴾ لأنها مظلمة ﴿ **إلا** ﴾ أن يكون رقبة الوقف محتاجة إليها كانت مظلمة متعين مستحقها فتكون كما لو كانت الغلة ﴿ **عن حق** ﴾ ليس للغاصب ولاية الصرف عن الحق ﴿ **فالى المنصوب** ﴾ يجب عليه تسليم أجرة الغصب في الصورتين لتصرفه بولايته على مصرفه.

﴿ فصل ﴾

﴿ **ورقبة الوقف النافذ** ﴾ غير المعلق[١] بمستقبل قبل حصوله فإذا نفذ فهي ﴿ **وفروعه** ﴾ من ولد للحيوان أو تمر للشجر ﴿ **ملك لله محبسه للانتفاع** ﴾ بالغلة وتقدم

= ولا فرق بين مال الصغير والكبير، قلت وما أحق هذا بأن يكون واجباً داخلاً تحت الأمر الذي ظاهره الوجوب من قوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وغيره من الأدلة ثم قال الثاني المعاوضة نحو ان يبيعه او يقرضه فهذا لا يخلو إما ان يخشى عليه التلف أولاً إن لم يخش لم يجز ذلك ولا فرق بين مال الصغير والكبير والمسجد وغيره، وأما إذا خشي عليه التلف فإما ان يتمكن من اخذ الولاية أولاً إن لم يتمكن بأن يخشى عليه الفساد إن لم يبع فهنا يجوز البيع لأنه حفظ لمال الغير وإن تمكن من أخذ الولاية وأراد ان يتصرف لنفسه فهذا هو الوجه الثالث وهي مسألة الكتاب نحو أن يزرع الوقف وأرض اليتيم ونحو ذلك فنقول لا يخلو إما أن يزرع لنفسه او لليتيم ومصرف الوقف ان زرع لتسليم الأجرة لم يجز على ما ذكره المؤيد وهو الظاهر من المذهب وقال أبو مضر يجوز لأن عود بعض النفع اولى من عود بعض الضرر، وأن زرع الأرض لليتيم ولمصرف الوقف لا لنفسه فإما أن يكون ذلك مع وجود الحاكم والمتولي اولا فمع وجودهما فعلى قول الفقيهين والكنى يكون عاصياً ولا فرق بين العلم والجهل وهو الذي في الأزهار، وعلى قول أبي مضر وغيره من فقهاء المؤيد إن كان جاهلاً بوجوب النصب فلا شيء عليه قولاً واحداً للمؤيد، وإن كان عالماً بوجوب النصب فعلى قول الهدوية وأحد قولي المؤيد يجوز لأن النصب ليس شرطاً وعلى قول لا يجوز لأن نصب الخمسة للسادس واجب عنده، قاله المصنف في الغيث، وإنما أطلنا لتقصير الشارح وعموم البلوى.

فصل ورقبة الوقف

(١) **قوله**: غير المعلق بمستقبل، أقول: في الغيث النافذ حيث لا يكون معلقاً على شرط ولا معلقاً على وقت مستقبل ولا خارجاً مخرج الوصية نحو أن يقف بعد موته فانه قبل حصول الشرط والوقت والموت باق على ملك مالكه لا ينفذ إلا بعد حصول ما قيد به اهـ. والشارح جعل الجميع داخلاً تحت ما قيد بمستقبل وهو صحيح.

الكلام على ذلك والخلاف فيه في صدر الباب فلا حاجة الى تكريره ، وإذا ثبت الوقف ﴿ **فلا ينقض إلا بحكم** ﴾ حاكم لأن انعقاده مختلف فيه فإذا حكم بعدمه مجتهد لا يرى انعقاده نفذ الحكم وبطل المنع من التصرف في الوقف بما ينافي ما عينه الواقف ﴿ **ولا توطأ الأمة** ﴾ الموقوفة باستحقاق منفعتها بمجرد الوقف ﴿ **إلا** ﴾ ان يستثنى الواقف منفعة بعضها او توطأ ﴿ **بانكاح** ﴾ فجائز لكن ذلك استثناء منقطع وهل يحد الواطىء ؟ أما غير الواقف والمصرف فيحد[١] بلا إشكال ، وأما احدهما[٢] فلا لأن الخلاف شبهة كما صرحوا بذلك في المتعة وتقدم تحقيقه في النكاح ، واما المهر فيلزم الواقف للموقوف عليه ، وأما الموقوف عليه فقالوا لا مهر عليه لأنه لو وجب على غيره لاستحقه فلا فائدة في التراجع .

قلت لكن ذلك إنما يستقيم حيث تشخص لتعين الصرف إليه أو لم ينحصر فيكون مظلمة ولاية صرفها إليه وكانت الولاية له ليكون صرفاً في نفسه ﴿ **و** ﴾ إذا بيع الوقف المحكوم بصحته وجب ﴿ **على بائعه** ﴾ ونحوه[٣] ﴿ **استرجاعه** ﴾ بغير مجحف ﴿ **كالغصب** ﴾ لأن بيع المحكوم بصحته باطل ، وأما غير المحكوم به ففاسد[٤] وقد علمت أن الدخول في العقود الفاسدة جائز فانه لا يتعين تقليد مجتهد ولا يحرم الانتقال الى آخر كما أسلفنا لك .

---

(١) **قوله** : ـ فيحد بلا إشكال ، أقول : هذا إذا لم يكن له شبهة كأن يظنها زوجته فلا حد وكأن الشارح يقول هو قيد معلوم .

(٢) **قوله** : ـ وأما أحدهما فلا ، أقول : فلو وطئها الواقف او الموقوف عليه فلاحد وفي الغيث وشرح الأثمار انه يحد مع العلم لا مع الجهل ، قيل ويلحق نسبه مع الجهل فيلزمه القيمة ويصرفها حيث يصرف قيمة الموقوف عليه إذا تلف ومع العلم يكون الولد رقيقاً ولا يلحق نسبه .

(٣) **قوله** : ـ ونحوه ، أقول : زاد الأثمار هذا اللفظ فقال شارحه أراد بنحو البائع والواهب والناذر وكل من يثبت يده عليه ثم أزاله عن يده إلى غيره ولله جزيل الحمد وله المنّة .

(٤) **قوله** : ـ ففاسد ، أقول : في الغيث وشرح الأثمار إن لم يكن قد حكم له حاكم وباعه الواقف أو وارثه ، فأما أن يكون البائع والمشتري عالمين او جاهلين او احدهما عالماً والآخر جاهلاً ، إن كانا عالمين كان البيع باطلاً وثبت ما تقدم من الأحكام ، وإن كانا جاهلين فقد اختلف المذاكرون هل يكون البيع باطلاً ام فاسداً ؟ الى آخر كلامه ، وظاهره أنه لا اختلاف إلا مع جهلهما ، أما مع علمهما او احدهما فاتفاقه انه باطل وعلى كونه فاسداً تكون الغلة للمشتري ولا ينفسخ الا بحكم ، ولا يقال الشارح اراد ذكر ما يختاره من فساده مطلقاً لأنا نقول إن الشارح لا يثبت البيع الفاسد كما سلف .

نعم لو اشتراه أو باعه مجتهد مذهبه حرمة بيعه ولما يتغير اجتهاده أمكن أن يقال ببطلان بيعه بالاجماع على أن ليس للمجتهد مخالفة اجتهاده إلا عن دليل ناقض له ﴿ **فان تلف** ﴾ بعد بيعه ﴿ **أو تعذر** ﴾ استرجاعه ﴿ **فعوضه** ﴾ يوم اليأس من استرجاعه وللغارم له أن يقف ما غرم على مصرف المغروم ، وأن لا يقفه وعلى التقديرين يسلمه ﴿ **لمصرفه** ﴾ إن وقفه ﴿ **و إن لم يقفه** ﴾ بناء على أن غلته ليست عن حق لتكون[١] قيمته مظلمة يستقل الغاصب بصرفها وإلا فالواجب التسليم الى المتولي إن لم يكن هو البائع و إلا فقد بطلت[٢] ولايته ببيعه لأنه خيانة ﴿ **وما بطل نفعه في المقصود** ﴾ نحو العبد يهرم والبقرة ينقطع لبنها ولا يرجى عوده ﴿ **بيع** ﴾ حذراً من أن تتلف عينه فيكون عدم حفظ ثمنه بالبيع تفريطاً ، وأما إنه يكون البيع ﴿ **لأعاضته** ﴾ فالقياس ان لا يتعين الأعاضة بل كما أتلفه[٣] الغير ﴿ **وللواقف** ﴾ لا لغيره من وارث او متول ﴿ **نقل المصرف فيما هو** ﴾ أي غلته لا عينه لأنها تعينت لما هي عنه من حق بنفس الوقف بخلاف الغلة إذا جعلها ﴿ **عن حق** ﴾ عليه لأن[٤] له النظر في قضاء ما عليه

---

(١) **قوله** : فتكون قيمته مظلمة ، أقول : في الأثمار فان تعذر فعوضه مظلمة ، قال في الوابل ان حكم العوض حكم المظلمة فيقف بذلك العوض شيئاً على ما شاء من ذلك المصرف وغيره لكنه اولى وان شاء أعتق عنها أو صرفها في المصالح أو في الموقوف عليه حيث كان مصرفاً للمظلمة ، هكذا ذكره المؤلف واستحسنه وجعله كالمظلمة من كل وجه ، قال وهو الذي يأتي على أصل الهدوية والمؤيد وهو المفهوم من كلام أهل المذهب حيث جعلوا لمن لزمه العوض إن شاء دفع العوض الى المصرف وإن شاء اشترى به شيئاً ووقفه عليه ا. هـ. والغيث أطال الأسئلة والأجوبة هنا وبنى على التفرقة بين مذهب المؤيد وأهل المذهب.

(٢) **قوله** : بطلت ولايته ، أقول : وانتقلت الى الأمام والحاكم .

(٣) **قوله** : بل كما اتلفه الغير ، أقول : في الغيث بعد تقرير مرادهم ما لفظه : وينظر هل بين هذا فرق وبين ان يتلفه الغير او يستويان في التخيير يريد الذي ذكرناه عن المؤيد انه يكون ثمنه للمصالح كما إذا أتلفه متلف.

(٤) **قوله** : لأن له النظر فيما عليه من الحقوق ومقاديرها ومصارفها ، أقول : مراد المصنف بالمسألة من وقف أرضاً واستثنى غلتها عن حق وعينّ مصرفه من شخص معين او مسجد فله بعد ذلك ان ينقله الى مصرف آخر ولا يتعينّ عليه ذلك المصرف الذي قد عينه ، قال في الأثمار مقيداً لذلك ، قلت من المصرف ، قال شارحه وقول المؤلف قلت من المصرف معناه ان الفعل المذكور إنما يكون للواقف في المصرف فقط كما تقدم فإذا كان استثنى غلة الوقف عما عليه من الزكاة وعينّ مصرفها احد المصارف

من الحقوق وفي مقاديرها ومصارفها والعلة متجددة فيتجدد النظر بتجددها ﴿ و ﴾ أما ﴿ في غيره ﴾ أي غير ما غلته عن حق ﴿ و ﴾ في[١] ﴿ نقل ﴾ الوقف عن ﴿ **مصلحة إلى أصلح منها** ﴾ فبين المذاكرين ﴿ **خلاف** ﴾ فيه الذي نرجحه نحن هو الجواز[٢] وهو قول والدنا السيد يحيى رحمه الله وهو ظاهر قول القاسم بجواز نقل المسجد عن موضعه الأول إلى آخر كما تقدم لأن العمل بالمرجوح خلاف المعقول والمشروع ولهذا[٣] لم يجز البيع بثمن المثل مع

= الثمانية فانه يجوز ان ينقلها من غيره من الثمانية ، ولا يجوز له تحويل الغلة الى غير زكاة بأن يجعلها عن أخماس أو مظالم أو غيرهما لأنها قد تعينت عن الحق الأول ولزم صرفها إلى مصرفه ا. هـ. وكلام الشارح لا يوافق مرادهم كما لا يخفى فانه عمم الحقوق والمقادير والمصارف وليس المراد لهم الا الأخير.

(١) **قوله** : وفي نقل الوقف عن مصلحة ، أقول : أي نقل ذي الولاية كما صرح به الأثمار ثم المسألة أعم من حصول ذلك في العين الموقوفة.

(٢) **قوله** : هو الجواز ، أقول : الاستدلال قاض بالوجوب لأن العمل بالراجح واجب ولا يجوز العمل بالمرجوح مع وجوده إلا أن فيه تأملاً لأن الواقف أوقع الوقف على مصلحة راجحة في نظره ضرورة أن ذلك غالباً تصرف العقلاء وكون الراجح عاد مرجوحاً لا يعود بخلل على فعله السابق ، وقد كتب له أجر العمل الراجح ، وانقلابه مرجوحاً لتغير الأحوال لا يغير ذلك الواقع إنما الشأن هل يجب امتثال الواقف ان اتفق أنَّ نظر غير ما وضعه له اولى في نظر غيره؟ الظاهر ان هذا لا يتعين وإلا للزم ان لا توضع الصدقة إلا في الموضع الراجح كأفقر المؤمنين ، وليس بلازم بل تجزيه في الفقراء مطلقاً اتفاقاً ، بل اخبر رسول الله صلىّ الله عليه وآله وسلّم بأنه كان فيمن كان قبلنا رجل تصدق على زانية وسارق وغني وأخبر أن الله قبل صدقته ، ولو كان الراجح متعيناً في المصرف لما قبل منه لتفريطه حيث أخرج صدقة إلى يد من هو مجهول له وإذا كان ذلك لا يتعين فالواجب البقاء على ما عينه الواقف ، وإن كان غيره أرجح في نظر غيره وهو محل نظر بعد هذا وتأمل.

(٣) **قوله** : ولهذا لم يجز البيع الخ ، أقول : أي لأجل انه لا يعمل بالمرجوح مع وجود الراجح لم يجز البيع لذي الولاية لشيء لما تولى عليه بثمن المثل مع وجود الطلب بأكثر ، وهذا كما مر صريح انه يجب نقل المصلحة لأصلح لقوله لم يجز وحكم المقيس حكم المقيس عليه ، ولا يخفى ان البيع بثمن المثل مع الطلب بالزيادة لا مصلحة فيه إذ الطلب بالزيادة صير البيع بثمن المثل مفسدة لتفويته ، ومسألة الكتاب غير هذا فان الواقف قد لاحظ المصلحة وعينها وهي أرجح في نظره وإنما ظهر لغيره ان غيرها أصلح وأرجح منها ولا اعتبار بنظر الغير فان كل إنسان يقر على نظره ولا يغير في حياته فبعد وفاته كذلك ، نعم قوله صلىّ الله عليه وآله وسلّم « لولا أن قومك حديثوا عهد بجاهلية او كفر لانفقت كنز

الطلب بالزيادة كما تقدم ، وأما ما يتوهم من أن تعيين المصرف كتعيين العين الموقوفة فكما لا يصح الرجوع فيها لا يصح الرجوع في مصرفها ففاسد لأن امتناع الرجوع إنما يكون فيما هو واجب من الطرفين ، وذلك ليس إلا ما اشترط فيه مع الايجاب والقبول ولا كذلك المصرف فانه قد يكون من لا يقبل كالمسجد ونحوه والقابل ايضاً لا يملك الصدقة إلا بالقبض فهي باقية في تصرف المتصدق قبل قبض المصرف ﴿ و ﴾ إذا وقف شيء على عبد فانه ﴿ **يستقر للعبد ما وقف عليه بعتقه و** ﴾ أما ﴿ **قبله** ﴾ فهو ﴿ **لسيده ومن وقف** ﴾ مضيفاً للوقف الى ﴿ **بعد موته فله قبله الرجوع** ﴾ لأن ذلك وصية وحكمها جواز الرجوع كما سيأتي إن شاء الله تعالى ﴿ **و** ﴾ الوقف ﴿ **ينفذ** ﴾ إذا صدر ﴿ **في** ﴾ حال ﴿ **الصحة** ﴾ من الواقف ﴿ **من رأس المال و** ﴾ كذا ينفذ من رأس المال إذا وقفه ﴿ **في المرض و** ﴾ إذا اخرجه مخرج ﴿ **الوصية** ﴾ لكن بشرط ان يكون الوقف في الصورتين ﴿ **على الورثة** ﴾ لا على غيرهم ويكون على الورثة ايضاً ﴿ **كالتوريث** ﴾ لا لو خالف به التوريث ﴿ **وإلا فالثلث** ﴾ ينفذ ﴿ **فقط ويبقى الثلثان لهم وقفاً إن لم يجيزوا** ﴾ وقال المؤيد بالله والامام يحيى والشافعي بل ملكاً لأن المقتضى لا تأثير له مع وجود المانع ، وأجاب المصنف بأن المانع لم يبطل كل تصرف بدليل صحة المعاوضة والعتق فيصح التحبيس مثلهما ، وأجيب بأن العتق إنما ينفذ بالسراية الى الثلثين ، وأما المعاوضة فالفرق بينها وبين الوقف واضح قال ﴿ **م بالله ويصح**[1] ﴾ الوقف ﴿**فراراً من الدين ونحوه**﴾ من ميراث ونفقة قريب ومن هنا أخذ

= الكعبة في سبيل الله ولجعلت بابها من الدين الى الأرض ولا أدخلت فيها من الحجر» دليل على الجواز وأنه إنما ترك ذلك للعذر وهو دليل على البقاء على المرجوح للعذر لأن فعل قريش قد صدر عن ترجيح فانهم إنما اختصروا منها الحجر لضيق النفقة الحلال، وإنما رفعوا بابها عن الأرض ليدخلوا من أرادوا، وإن كان هذا الأخير لا مصلحة فيه بل هو مفسدة لأنه منع لبيت الله تعالى لبعض من يرده والله تعالى قد جعل سواء العاكف فيه والباد، ولا يختص به أحد دون أحد كما فعلوه، فالأظهر ان تركه صلّى الله عليه وآله وسلّم من باب دفع أعظم المفسدتين بأخفهما لا من الباب الذي نحن فيه. ولله الحمد.

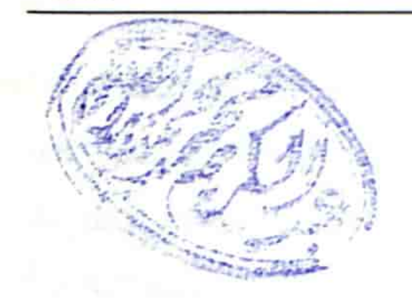
(١) قال : ويصح الوقف فراراً من الدين ، أقول : هذا من معنى الحيل لابطال حقوق العباد وهي حيلة باطلة ، وما رتب عليها لا يصح وكيف يمضي عمل من يريد إتلاف ما وجب عليه لغيره من القضاء؟ ونبيُّنا صلّى الله عليه وآله وسلّم يتحرّج من الصلاة على من مات مديوناً ويقول صلّى الله عليه وآله وسلّم « صاحبكم » ويخبر انه يغفر للشهيد كل ذنب إلا الدين فامضاء هذا الوقف وتصحيحه ينافي ما أمر الله به من التعاون على البر والتقوى ، بل هو من التعاون على الأثم والعدوان والتحيل لمطل الغريم =

للمؤيد أن القربة[1] لا تشترط في صحة الوقوف وهو مأخذ غير صحيح لأن الغرض علة غائية والعلل الغائية يجوز تعددها سواء تمادت أولاً ولهذا صح الحج مع قصد التجارة معه ونحو ذلك لكن مقتضى ما تقدم أن ما وهب لله ولعوض فللعوض وتبطل القربة .

= وإبطال نفقة القريب وغيرها من الواجبات كالتحيل لأبطال الزكاة بتمليك ما له آخر الحول بعض الأولاد مخادعة لله تعالى وتحيل لأبطال ما فرضه وكل عمل وتحيل لاسقاط حق الخالق او المخلوق فانه باطل لا يصح .

(١) **قوله** : إن القرابة لا تشترط ، أقول : إنه إن أريد أنه لا بد من اعتبار كل قربة فنعم هذا مأخذ وإن أريد أنه يصح مع قصد قربة ما فلا يتم هذا المأخذ لأن غاية ما هنا أنه صححه مع حرمان صاحب حق ويجوز ان يعتبر انه لا بد من أي قربة كأن يقف هذا الذي فر بوقفه عن الدين على عالم او قريب او نحوه وكأن هذا هو ما اراده الشارح من قوله لأن الغرض علة الخ ، وإن لم يشرق وجه ما اراده اتم إشراق .





كتاب (١) الوديعة

﴿ إنما تصح ﴾ أي يثبت ضمانها لأسبابه الآتية واستحقاق الرد إلى المودع إذا كانت ﴿ بين جائزي التصرف بالمراضاة ﴾ أما إذا كان الصبي ونحوه هو الوديع فلا يضمن إلا ما جنى لا لأنه ضمان وديعة بل ضمان (٢) جناية كما لو جنى على ضالة فان غاية إيداعه تفريط من المالك في حفظه ملكه وتفريطه لا يسقط عن الغير ضمان ما جنى على ماله وأما استحقاق المالك على غير مكلف الرد فظاهر الانتفاء لعدم تعلق الحقوق به ، وإن جاز أن يتعلق شيء من أرش جناية الخطأ بماله فلأن الضمان بخصوصه حفظاً للدماء والأموال ، واما إذا كان هو المودع فانتفاء أحكام الوديعة عن الوديع إنما يتمشى على القول بأنه غاصب لما قبضه من غير جائز التصرف أما إذا جعلناه كالملتقط للضالة كما هو الحق ومعنى قول الأمام يحيى أنه إذا قبضها للخوف عليها فلا ضمان لأنه محسن فينبغي أن يكون لما قبضه من غير جائز التصرف حكم الضآلة لما سيأتي من أنها كالوديعة إلا في الأربعة الأحكام الآتية إن شاء الله تعالى ﴿ و ﴾ الوديعة ﴿ هي أمانة فلا تضمن ﴾ بغير جناية ولا تفريط قيل إجماعاً ، وأما ما رواه ابن حزم من أن عمر ضمَّن الوديعة فقد قال ابن حزم لا يصح ذلك عن عمر .

---

(١) **كتاب الوديعة** ، أقول : سقط على الشارح من لفظ المتن بالمراضاة ولهذا لم يتعرض لشرحها وشرحها في الغيث بأنها لا تصح من مكره سواء كان وديعاً أو مستودعاً .

(٢) **قوله** : بل ضمان جناية ، أقول : قد استوى الصبي والمكلف في ضمان الجناية والتعدي والوديعة وإنما اختلفت الجهة وفي الغيث أنه إذا أتلف الصبي الوديعة لم يضمنها وأنه سلمها مالكها إلى مضيعة ، قال فأن أودع عبده عبداً فقتله ضمن عند الجميع لأنه لا يستباح بالأباحة ثم ذكر ضابطاً فيما يضمنه غير المكلف ، واعلم أنه لا يشترط إيجاب ولا قبول باللفظ بل ما جرى به العرف من فعل أو قول يدل على الاستيداع وقبوله ، وقال الثوري يشترط فيها صيغة المستودع كاستودعتك هذا أو استحفظتك أو أنبتك في حفظه والأصح أنه لا يشترط القبول لفظاً بل يكفي القبض ، قال أبو مضر من استأذن غيره أن يضع متاعه في بيته ووضعه لم يكن ودعاً فلو فرط في حفظ البيت لم يضمن ، قال ولا يحل له أن ينقله فأن نقله كان عاصياً .

قلت ﴿ **إلا** ﴾ أنه إن صح عن عمر حمل على أنه ضمنها الوديع ﴿ **لتعدٍّ** ﴾ منه وقد ادعى المصنف الأجماع على تضمين المتعدي ومستند الحكمين [١] حديث « ليس على المستعير غير المغل ولا على المستودع غير المغل ضمان » الدار قطني من طريقين عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً وفي كل [٢] من الطريقين ضعيفان قال الدار قطني وإنما هو عن شريح غير مرفوع وأخرجه [٣] ابن ماجه أيضاً بلفظ « من أودع وديعة فلا ضمان عليه » وفيه أيوب ابن سويد ضعيف عن المثنى بن الصباح متروك إلا أن الحديث يقوي بتلقي الأمة لمعناه بالقبول والتعدي الموجب للضمان هو ﴿ **كاستعمال** ﴾ للوديعة ﴿ **ونحو إعارة** ﴾ لها بغير إذن المودع ﴿ **وتَحَفُّظٍ فيما لا يحفظ مثلها في مثله** ﴾ قيل أو فيما شرط المودع أن لا يحفظ فيه ، وامثل الوديع الشرط فاذا خالف إلى موضع آخر ضمن للمخالفة وإن كان حريزاً يحفظ مثلها في مثله ﴿ **أو** ﴾ بعث بها إلى منزله مع من لا يبعث بمثلها ﴿ **معه** ﴾ أي مع مثله ، وقال الشافعي إن ولاها غير نفسه ضمن إلا أن تدعوا الضرورة إلى الاستنابة كما ثبت عند ابن اسحاق بسند قوي وغيره أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أزعجه الخوف وأراد الهجرة وضع ما كان عنده من الودائع عند [٤] أم أيمن وأمر **عليا عليه السلام** برد الودائع فأقام بمكة خمس ليال حتى

---

(١) **قوله** : ـ وعمدتهم ـ هـ ، أقول : أصرح من ذلك حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «ليس على مؤمن ضمان» رواه الدارقطني، وقوله غير المغل بضم الميم والغين المعجمة أي الخائن إذا لم يخن في العارية والوديعة فلا ضمان عليه ، من الأغلال الخيانة ، وقيل المغل هنا المستغل ، وأراد به القابض لأنه يكون مستغلا ، والأول الوجه وفي هامش التلخيص أن هذا القول ضعيف ، وقوله إنما هذا عن شريح غير مرفوع وجعله في النهاية من كلام شريح قال ومنه حديث شريح .

(٢) **قوله** وفي طريقه ضعيفان ، أقول : هما عمرو بن عبد الجبار عن عمه عبيدة بن حسان وهما ضعيفان ، قال الذهبي في المغنى عمرو بن عبد الجبار السخاوي ، قال ابن عدى روى عن عمه مناكير .

هـ وفي نسخة ومستند الحكمين

(٣) **قوله** : وأخرجه ابن ماجه ، أقول : لا يخفى أن لفظه ليس فيه إفادة ضمان المغل كما في الأول ففي قوله أخرجه نظر . ولله جزيل الحمد وله المنة.

(٤) **قوله** : عند أم أيمن ، أقول : هكذا في البدر المنير والشفاء للأمير الحسين ووقع في كتاب الرافعي عند أم المؤمنين قال عليه الحافظ في التلخيص أما نسبتها إلى أم المؤمنين فلا يعرف بل لم تكن عنده في

ردها ، قلنا لا يجب عليه فيها أكثر مما يحفظ به [١] مال نفسه ﴿ و ﴾ من التعدي حصول ﴿ **إيداع** ﴾ من الوديع لها ﴿ **و** ﴾ حصول [٢] ﴿ **سفر** ﴾ منه بها ﴿ **بلا عذر موجب فيهما** ﴾ أما لو قام العذر فلا تعدى لما تقدم من إيداع النبي صلى الله عليه وآله وسلم لعلي عليه السلام وأم أيمن ﴿ **و** ﴾ من التعدي ﴿ **نقل** ﴾ الوديع لها مريداً ﴿ **لخيانة** ﴾ فيها فتتلف بعد ذلك بلا جناية ولا تفريط ، أما بناء على أن [٣] العزم يشارك المعزوم عليه ، وأما لأنه في قوة غير المأذون بالامساك لأن المالك لو علمه مظنة للخيانة لما أودعه فانتفاء كونه مظنة للايداع يستلزم انتفاء المئنة وهذا على ما سيأتي من أنها لا تعود أمانة بزوال التعدي بمثل ذلك خلافاً لمن سيأتي ﴿**و**﴾ أما إن من التعدي ﴿**ترك التعهد و**﴾ ترك ﴿**البيع لما يفسد**﴾ فبناء على أن الايداع توكيل مفوض يثبت به للوديع ولاية التصرف بالمصلحة حتى إذا فرط في المصلحة لزمه ما يلزم ولي الصبي ونحوه من الضمانات ووجوب التصدق بما خشي فساده إن لم يبتع وإلا ضمن للفقراء وللمالك أيضاً ، والظاهر أن الأذن إنما هو بمخصوص هو الأمساك للعين بدليل أن المالك لو قال لم آذن له بالبيع لخشية الفساد لكان القول قوله والمسألة مطلقة في البحر لم

= ذلك الوقت ان كان المراد عائشة نعم قد تزوج سودة بنت زمعة قبل الهجرة فأن صح فيحتمل أن تكون هي .

(١) **قوله** : أكثر مما يحفظ به مال نفسه ، أقول : فإذا وضعها مع من يثق به من أهله وولده وسائر من يثق به ليحفظها في منزله الذي يسكن فيه فتلفت لم يضمنها ، وإن دفعها إلى هؤلاء ليحفظوها في غير المنزل الذي يسكنه ضمنها لأنه حينئذٍ يجري مجرى أن يودعها عند الغير والمودع إذا أخرج الوديعة إلى عند الغير ليحفظها كان متعدياً .

(٢) **قوله** : حصول سفر ، أقول : سقط لفظ إيداع من كلام المصنف من نسخه الشارح التي عليها خطه فضمير فيهما عائد إلى السفر والأيداع ، والشارح قد استدل للأيداع فدل على أن سقوطه من قلم الناسخ .

(٣) **قوله** : بناء على أن العزم يشارك المعزوم عليه ، أقول : هذا التعليل لا يجري إلا على قول شريح أنه إذا نوى من دون نقل ضمن ، وأما الأزهار فلا يصح التعليل له بهذا لأنه قد جعل للفعل دخلا في الضمان ، قال في الغيث إن حصلت النية والفعل فإما أن ينوي أخذ الجميع أو البعض إن نوى الجميع ضمنه بلا إشكال وإن نوى أخذ البعض فإما أن ينقله فقط أو ينقل الجميع إن نقله فقط ضمنه وحده وإن نقل الجميع لم يضمن عندنا إلا ما نوى أخذه فقط .

ينسبها [١] إلى مخالف ولا موافق وقد حذفها صاحب الأثمار ﴿ و ﴾ من التعدي ترك ﴿ **الرد بعد الطلب** ﴾ لغير عذر يخاف منه فوت نفس أو عضو ﴿ و ﴾ يضمن ﴿ **بجحدها والدلالة** ﴾ لظالم ﴿ **عليها** ﴾ لظهور عدم الأمانة التي هي علة الأيداع المعلول ينتفي بانتفاء علته المتجددة ﴿ **ومتى زال التعدي في الحفظ** ﴾ فقط وقال أبو حنيفة وأصحابه وفي غير الحفظ أيضاً ﴿ **صارت أمانة** ﴾ خلافاً للشافعي محتجاً بأنه نوع من الخيانة كما ان [٢] التعدي في التصرف إذا زال لا يعود بعده أمانة اتفاقاً فلا محيص عن عودها أمانة بزوال الأمرين كما هو رأي أبي حنيفة وأصحابه أو عدم عودها لأن الفرق [٣] من وراء الجمع إذ معنى الأمانة الحفظ

---

(١) **قوله** : لم ينسبها إلى مخالف ولا موافق ، أقول : بل قال عن أبي حنيفة أنه لا يلزم الوديع تعهد الدابة بالعلف والسقي ورد عليه المصنف قال قلنا لها حرمة واستدل بحديث الهرة ، قال عليه المنار وليس المسألتان سواء فان المرأة ربطت الهرة فمنعتها أن تأكل من خشاش الأرض والوديع لم يمنع من انفاقها فاذا فرط المالك بأن لم ينفق مع الحضور ولم يدع نفقتها عند من ينفقها من وديع أو غيره من أين يلزم الوديع ، فأن قلت فكيف الأمر إذا لم يطوع ولو بنية الرجوع ؟ قلت يرد أمرها إلى الحاكم فيجبر المالك الحاضر على استرجاعها أو انفاقها ويأمره بالأنفاق على الغائب ويأمره ولو ببيعها إن كانت مما تباع كالجارية القن أو برهنها فيبيع البعض ثم البعض حتى تفرغ وقد اتفق لبعض القضاة الحنفية بمكة زادها الله شرفاً .

(٢) **قوله** : كما أن التعدي في التصرف ، أقول : التعدي إلى نوعين تعد في الحفظ نحو أن يسافر بها أو يتركها في محل غير حريز ، وتعد في التصرف نحو أن يعيرها أو يركبها أو نحو ذلك فقال أهل المذهب إنه إذا أزال التعدي في الحفظ عادت أمانة ، وأما إذا كان التعدي في التصرف ففيه إطلاقان وتفصيل الأول منهما لا تعود أمانة وهو ما أفاده كلام المصنف ، الثاني أنه تعود أمانة ، الثالث أن تصرف لنفسه لم تعد أمانة وإن تصرف للغير عادت أمانة ، قال المصنف وفي وجه الفرق بينهما نظر ، ثم ذكر وجها في ذلك ، إذا عرفت هذا فقول الشارح إنها لا تعود في صورة زوال التعدي بالتصرف أمانة اتفاقاً غير صحيح ، ومن أين الاتفاق وفيه هذه الأقوال ، الأول للمؤيد والثاني لأبي طالب والثالث لأبي العباس إن أراد الاتفاق بين أهل المذهب ، وإن أراد بين غيرهم فأغرب فأنه سيأتي في ذكر خلاف أبي حنيفة ، ثم قال المصنف فأن قلت ما الفرق بين الوديعة والعارية حتى صححتم في العارية أنه إذا زال التعدي لم تعد أمانة وصححتم في الوديعة أنه إذا زال التعدي صارت أمانة ؟ قلت الفرق بينهما أن المستعير لم يؤذن بامساكها إلا وقت انتفاعه على الوجه المأذون له فيه فاذا تعدى فقد ارتفع الأذن بالأمساك بخلاف الوديعة فهو مأذون حتى يطالب ، فاذا زال التعدي فذلك الأذن باق .

(٣) **قوله** : الفرق من وراء الجمع ، أقول: وجه الفرق بأنها عادت أمانة إذا زال التعدي في الحفظ بظهور زواله لا في الاستعمال إذ لا يظهر زوال التعدي بالترك إذ الغاصب قد يستعمل المغصوب ويتركه ، =

وهو يرتفع بالأهمال وبالتصرف ﴿ وإن غاب مالكها بقيت حتى اليأس ﴾ وهو امض عمره الطبيعي كما تقدم في الزوجة ، وكذا لو أيس من معرفته عند زيد والناصر والمؤيد ﴿ ثم ﴾ تصير ﴿ للوارث ثم للفقراء ﴾ إن لم يكن هناك وارث ولا وجه لتعيين خصوص الفقراء بل للمصالح ﴿ وإن عين ﴾ المالك ﴿ للتصدق بها وقتاً ﴾ جاز للوديع التصدق بها فيه ﴿ ما لم يتيقن موته ﴾ قبل التصدق لأنها حينئذ للورثة إلا أن يخرج الأذن مخرج الوصية ﴿ وما أغفله ﴾ من الودائع التي تدعى عليه ﴿ حكم بتلفه ﴾ وقيل بل الأصل البقاء لنا الأصل أنه أمين والأمين لا يخفى ما عنده ، والحق أن الموت إن كان بنحو الفجأة فالأصل البقاء وإلا فالحكم بالتلف ﴿ وما أجمله ﴾ الميت أراد المصنف بالأجمال عدم تعيين العين بدليل قوله وما عينه ليناسب قوله ﴿ فدين ﴾ لأن الأجمال لو حمل على معناه الأصولي لم يكن إلا كالأقرار بالمجهول يحمل على أقل ما يسمى وديعة ﴿ وما عينه ﴾ بعينه ﴿ رد ﴾ أي وجب على الورثة رده ﴿ فوراً وإلاّ ضمن كما يلقيه طائر أو ريح في ملك ﴾ ومالكه معروف فأن من ألقياه في ملكه إن لم يرد فوراً إلى المالك الموجود في الناحية ضمن ، والمراد بالرد الحمل له إلى مالكه هذا ما خرج للمذهب .

قال المصنف إن مسألة الثوب كالوديعة سواء يريد أنه لا يلزم [1] إلا التخلية كما لا يلزم الوديع غيرها .

قلت لا سيما مع القول بأن الوارث خليفة ﴿ وإذا التبس ﴾ على الوديع ﴿ من هي له ﴾ بين من ادعاها وكذا لو ادعاها اثنان فصاعداً ﴿ فلمن بين ﴾ عليها ﴿ ثم لمن حلف

= وأعلم أنه قد قوى المصنف في البحر عدم عودها أمانة بزوال التعدي سواء كان تعدياً بالتصرف أو الحفظ وأنه خرج بالتعدي عن كون يده يد أمانة فلا يبرأ إلا بالرد إلى المالك وهو خلاف ما اختاره في الأزهار ، قال في المنار قواه المصنف يعني عدم العود أمانة مطلقاً وهو قوى والمسألة من ترادف أصلين أقربهما إذن المالك وأبعدهما مال الغير فمن رجع إلى الأول قال بطل الثاني ومن اعتبر الثاني يقول إذا زال التعدي ولما يبطل المالك الأذن عاد حكم الأذن ، والمسألة ونظائرها من أصعب الأنظار فيما أرى .

(١) قوله : لا يلزم إلا التخلية ، أقول قد قواه المنار وقال على الورثة الأجابة والتمكين للمالك والثوب الذي ألقته الريح كذلك عليه الأيذان وليسا ممسكين فكيف يقول لم يؤذنوا بالامساك ثم قال ومن ألقت الريح في بيته فأنما حكم ما عندهم حكم اللقطة إن أخذوها ضمنوا إن فرطوا وإلا فهي أمانة وليس عليهم غير الحفظ وإن لم يحفظوا بغير شعور المالك فكما مرا هـ وفي الغيث ومسألة الثوب كالوديعة سواء وليست بحجة .

ثم ﴾ هي ﴿**لصنفان**﴾ بينهما ولا يمين على الوديع لأنه أمين إلا أن يدعى عليه سبب من أسباب الجناية ﴿ **و** ﴾ إذا أودع رجلان شيئاً مشتركاً بينهما فأنه ﴿ **يعطي الطالب حصته مما قسمته إفراز** ﴾ لما تقدم من عدم اشتراط حضور الشريك في مثل ذلك ﴿ **و إلا فبالحاكم** ﴾ لكن لا وجه للتفصيل لأن مذهب الهادي أن القسمة إفراز في الجميع ﴿ **والقول للوديع في ردها وعينها وتلفها** ﴾ لأنه أمين ﴿ **و في أن التآلف وديعة لا قرض** ﴾ لأن [١] الأصل براءة الذمة وأشار بقوله ﴿ **مطلقاً** ﴾ إلى التعميم ﴿ **و** ﴾ ان ﴿ **لا** ﴾ فرق لما فرق به في دعوى أنه ﴿ **غصب** ﴾ من أن القول قول الوديع في نفي دعوى الغصبية عليه ﴿ **إلا بعد** ﴾ أن يقول ﴿ **أخذته** ﴾ وديعة لأن [٢] ذكره الأخذ ظاهر في الغصب لا في التسليم بخلاف دعوى القرض فمدعيه معترف بالتسليم ولا يستلزم القرض ﴿ **و** ﴾ ينقلب القول ﴿ **للمالك في ذلك** ﴾ أي في دعوى الرد والتلف ﴿ **إن** ﴾ كانت قد ﴿ **جحدت** ﴾ وبَينَّ المودع على الأيداع ﴿ **فبين** ﴾ الوديع حينئذٍ أنه قد رد ، وأما قوله ﴿ **إلا** ﴾ إذا اختلفا في ﴿ **العين** ﴾ فأن القول للوديع وإن كان قد جحد فلا وجه لتخصيص العين بعد ارتفاع الأمانة بالجحد لأنه بالجحد صار غاصباً والغاصب إذا عين بينَّ ﴿ **و** ﴾ القول للمالك أيضاً ﴿ **في نفي الغلط** ﴾

---

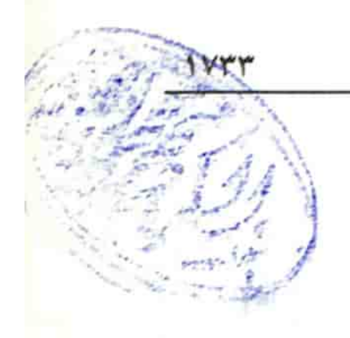
(١) **قوله** : لأن الأصل براءة الذمة ، أقول هو تعليل المصنف في البحر للقول بأن القول في أنه وديعة لا غصب إذ يريد تضمينه والأصل براءة الذمة ، قال عليه المنار يقال الأصل عدم الأذن فهو يدعى أصلا لم يعلم وهو الأذن والمالك باق على الأصل المتحقق وأما براءة الذمة فمبنية على ما ينكشف إذ قد تحقق التلبس بمال الغير والظاهر ضمان المال المعصوم فصارت البراءة مشكوكاً فيها فهذه المسألة كالأولى من ترادف الأصلين إلا أن الأقرب هنا لم يتحقق وهو الأول وإن جعلناها من تعارض أصلين هما براءة الذمة وعدم الأذن شكك في براءة الذمة إمساك العين ويعضده عدم الأذن الظاهر وهو أن الأغلب في الأموال الضمان بحسب استقراء التصرفات ولأنه وصف لا يحتاج الى سبب بل يكفي فيه عدم الأذن وأما الأمانة فلا تكون إلا عن سبب فليتأمل . ولله جزيل الحمد وله المنة .

(٢) **قوله** : لأن ذكر الأخذ ظاهر في الغصب ، أقول في المنار إقرار المالك بالأخذ مقيد لكونه فرضاً فلم يتفقا والكلام بِآخِرِهِ فلم يقر الوديع أيضاً إلا كذلك مقيداً بالوديعة والمقيدات بقيدين متغايرين متغايرات . **قوله** ظاهره الغصب ، أقول : في البحر قال الأمام يحيى اتصال الكلام يبطل ذلك فلا ضمان كأبطال الاستثناء حكم ما قبله ، قال في المنار قد نبهنا على صحة هذا في عدة مواضع ووجه ما ذكره الأمام يحيى وإلا لزم إبطال التقييد في كل موضع والحكم بتنافى كل قيد ومقيد وما يزالون يضطربون في ذلك .

إذا ادعى الوديعي أنه غلط بأعطائه غير وديعته وأنكر المالك كون ما قبضه غيرها ﴿ و ﴾ كذلك القول قول المالك في نفي ﴿ **الأذن بأعطاء الأجنبي** ﴾ ما لم يجر عرف بالرد معه كما تقدم .







كتاب الغصب

تحريمه ضروري من الدين فلا حاجة[١] الى الاستدلال عليه بمثل حديث أبي بكرة المتفق عليه في حجة الوداع « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » وأحاديث « من غصب شبراً من ارض طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة » متفق عليه من حديث عائشة وسعيد بن زيد وابن عمر وهو عند مسلم من حديث أبي هريرة وعند غيرهما من حديث المذكورين وغيرهم ما لا معنى للتصدي لذكره.

وأما حقيقته فقال المصنف ﴿ **هو الاستيلاء على مال الغير عدواناً** ﴾ وفسر العدوان باثبات اليد بغير إذن الشرع فكان حاصله الاستيلاء على مال الغير بغير إذن الشرع فدخل استيلاء المشتري والمتهب للغصب ونحوهما جاهلين غصبه وهو معنى قوله ﴿ **وإن لم ينو** ﴾ الغصبية إلا أن فيه بحثاً وهو أن المراد باذن الشرع إن كان وجوب أن يعلم المشتري ونحوه ملك البائع ونحوه للمبيع ونحوه علماً يقيناً لزم ان لا تصح الشهادة على الملك بمجرد اليد وأن لا يجوز المعاملة بمجردها وذلك يفضي الى تعطيل المعاملات بالكلية وإن أريد من إذن الشرع الاكتفاء بظاهر اليد وإن كانت مرتفعة في الحقيقة فمشترى الغصب ونحوه جاهلاً كونه مغصوباً مستول عليه باذن الشرع فلا غصب والى ذلك ذهب ابو مضر وغيره وهو الحق[٢] ويشهد له ما اخرجه النسائي من حديث أسيد بن حصين أن رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم قضى أنه إذا وجدها يعني السرقة في يد الرجل غير المتهم فان شاء أخذها بما اشتراها وإن شاء اتبع سارقها وقضى بذلك ابو بكر وعمر وكذا لو فسر العدوان بغير إذن المالك لأن الترديد يرجع في المالك هل المراد المالك باطناً او المالك ظاهراً .

كتاب الغصب

(١) **قوله** : فلا حاجة الى الاستدلال عليه إلى آخر ما ساقه من الجانبين ، هذا من باب قوله :

فقلت لها لا علم لي غير أنني رأيت عليه المشرفية سلت
ودارت عليه الخيل دورين بالقناز ودلت عليه الطير ثم تولت

(٢) **قوله** : وهو الحق ،أقول: وجهه ظاهر وقد حذف الاثمار والفتح قيد «وإن لم ينو» قال في الوابل لأنه لا يكون غصباً إلا بالنية.

﴿ فصل ﴾

إذا استولى الغاصب على مال الغير فالمال إما منقول او غير منقول إن كان غير منقول ﴿ **فلا يضمن من غير المنقول إلا ما تلف تحت يده** ﴾ هذا على ما اخرجه[1] الأخوان للهادي ﴿ **وإن أثم** ﴾ مع العلم ﴿ **وسمي غاصباً** ﴾ فالأثم[2] والتسمية غير الضمان وقال الناصر والمؤيد والامام يحيى ومالك والشافعي ومحمد وعن أبي طالب بل يضمنه ، وإن خرج من يده تلف او لم يتلف لأجل حيلولته بينه وبين مالكه ، لنا حديث[3] أنه صلّى الله عليه وآله وسلّم قال « على اليد ما اخذت حتى تؤديه » تقدم فيما يجب فيه الرد والأخذ مختص به المنقول دون غيره .

وأجيب بمنع اختصاصه به مسنداً بنحو لا تأخذه (سنة) ﴿**ولا تأخذكم بهما رأفة**﴾ والمراد لا تستولي السنة عليه تعالى ، بحيث تمنعه العلم والتصرف كما تمنع المخلوق ، ومثلها الرأفة تمنع من العقوبة ، قلنا ما اخذت اليد[4] لا يكون إلا منقولاً وأجيب بالمنع لأن ـ هـ ـ معنى اخذها

---

(١) **قوله** : على ما خرجه الاخوان ، أقول : خرجاه من نصه في المنتخب على ان من ارتهن ارضاً فغلب عليها العدو فانه لا يضمنها المرتهن ، ومن أصله ان الرهن مضمون على المرتهن بكل حال فلو كانت مما يضمن بالغصب لضمنه قيمتها .

(٢) **قوله** : فالأثم والتسمية غير الضمان ، أقول : قال عليه المنار إن سلم بتسمية المتولي غاصباً وأنه يأثم فقد اتفقنا على ان الغصب علة للضمان فيقتصر عليها وادعوا على أن اول العلة النقل وهذا اول المسألة ومن محل النزاع وقد سماه النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم غاصباً وظالماً لما في حديث « من غصب شبراً من الأرض » ورواياته متعددة تلحق بالتواتر المعنوي ، والظاهر استقلال ذلك بالعلية للضمان ولزوم الاستفداء وغير ذلك .

(٣) **قوله** : لنا قوله صلّى الله عليه وآله وسلم « على اليد ما اخذت » ، أقول: هو دليل المصنف في البحر على مختاره وقرر المنار مراده بأن غير المنقول غير مأخوذ فجعله من مفهوم الصفة ومن مفهوم اللقب أعني المأخوذ مردود فيكون غير المأخوذ ليس بمردود وهو ضعيف فإنك تقول على زيد ما استدان ولا يلزم أنه ليس عليه ما جنى ، ثم قال وأيضاً فإن الاستيلاء أخذ كما يقال أخذ الأمير المدينة وأخذ البلاد وحاصر الحصن حتى أخذه ، قلت هذا معنى قول الشارح ، وأجيب بمنع اختصاصه به أي الأخذ بالمنقول إلا أنه جعل سند المنع استعمال الأخذ في المعاني من السِنَة والرأفة وما أسنده المنار به اظهر .

(٤) **قوله** : ما أخذت اليد لا يكون إلا منقولاً ، أقول : قد أفيد هذا مما سلف إيراداً ورداً ولكنه ذكره ليتدرج الى ذكر القبض بما ينتقل بنفسه .

حوزه لها لا نقله وإلا لا لزم ضمان ما ينتقل بنفسه كالجمال والخيل تأوي بأنفسها إلى محله فلا يسلمها إلى مالكها ومنه يعلم[١] أن الاتفاق على عدن ضمان ما طرد عنه مالكه ولم يحزه الطارد لا يرد نقضاً على التعليل بالحيلولة لأن المراد بها الحوز ولهذا[٢] ضمن جاحد الوديعة وإن لم ينقل ، وأما قول المصنف أن القبض الأول هو الذي أوجب الضمان فسرف في الغفلة مستلزم لضمان الوديعة مطلقاً مع أن القبض الأول لا يستلزم نقل الوديع كما لو أذن للمالك بوضعها ولم ينقلها إلى أن تلفت ثم النقل وصف طردي في الضمان بدليل[٣] الاتفاق على ضمان ما تلف من غير المنقول تحت يده بآفة سماوية كخراب الصاعقة للبيت واجتحاف السيل الأرض فيجب ان يلغى لظهور طريق الالغاء فيه ﴿ **و** ﴾ إن كان المال منقولاً فلا يضمن ﴿ **من المنقول إلا ما انتقل** ﴾ بالغصب ونقض بضمان الوديعة بالجحد ، وأجيب بأنه نقل حكمي فنقص بحصول

---

(١) **قوله** : ومنه تعلم هذا إشارة الى رد ما استدل به المصنف من القياس بما لا ينتقل في عدم الضمان على ما لو حال بين رجل وبين ماله فانه لا يضمنه ما لم ينقله ، قال الشارح إنه لا يرد نقضاً على الحيلولة التي علل بها ضمان غير المنقول لأن المراد بالحيلولة الحوز والطارد لم يحز مال المطرود فقرر الشارح ان المصنف اورده نقضاً على العلة ، والمنار قرر أنه دليل آخر اورده قياساً قال واحتج آخراً بالقياس على ما لو حال رجل بين زيد وبين ماله لم يضمنه بمجرد الحيلولة ما لم ينقله وهو قياس فاسد فان الحيلولة لا استيلاء فيها ، وأما قوله ما لم ينقله فمصادرة ولكن لم يستول عليه ، واعلم ان المصنف قد ذكر هذا الجواب في الغيث فقال إنما لم يضمن لأنه لم يستول وإنما حال بينها وبينه وقوّى القول بالضمان مطلقاً خلاف ما هنا وما في البحر واستدل للمؤيد بحديث على « اليد ما أخذت » وجعله ظاهراً في الضمان مطلقاً واستدل للهدوية بأنه لا يقطع سارق العقار فكذلك لا يضمن غاصبه وصورة سرقته ان ينقل العلم وأجاب بأنه إنما لم يقطع لأنه لا حوز له ا. هـ. فقد وافق المصنف لنفسه الشارح والمنار.

(٢) **قوله** : ولهذا ضمن جاحد الوديعة ، أقول : هذا إشارة الى دليل ثالث أورده المصنف ورده عن القائلين بعدم شرطية النقل ، قالوا جحد الوديعة يوجب الضمان ولا نقل ، قلنا القبض الأول اوجبه فرده الشارح بلزوم ضمان الوديعة مطلقاً لأن الايداع قد لا يكون فيه نقل فيلزم الجاحد الضمان ولا نقل أصلاً.

(٣) **قوله** : بدليل الاتفاق على ضمان ما تلف من غير المنقول، أقول: في نهاية المجتهد اختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول كالعقار ، فقال الجمهور إنه يضمن بالغصب ، يعني إذا انهدمت الدار ولو بآفة سماوية فيضمن قيمتها ، وقال أبو حنيفة لا ضمان ، وكذا الخلاف في كون يد الغاصب عليها مثل كون يده على ما ينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحداً قال بالضمان ، ومن لم يجعل حكمهما واحداً قالوا لا ضمان أو به تعرف انه لا اتفاق. ولله الحمد.

النقل الحكمي في غصب ما لا ينقل ولا يوجب الضمان ، ثم لا بد من كون النقل ﴿ **بفعله** ﴾ ونقض بضمان ماشية الغير تأوي بأنفسها إليه فلا يرسلها على مالكها ، ثم النقل وإن كان بفعله فلا يوجب الضمان الا بشرط كون اليد على المنقول صارت له ﴿ **لا** ﴾ لو انتقل المال ﴿ **بنقل** ﴾ أوقع على ـ هـ ـ ﴿ **ذي اليد** ﴾ على المال كما لو حمل امرأة عليها حلية ولم ينقل شيئاً من حليتها فلا يكون ضامناً للحلية ما بقيت يد المرأة عليها .

وبالجملة المعتبر هو ثبوت يد الغاصب واستيلاؤه على المال تعدياً ، وإنما يحصل ذلك إذ نقله ﴿ **نقلاً ظاهراً** ﴾ لا كطي بعض البساط على البعض الباقي في موضعه وإدارة الرحا في موضعها وفتح الباب وإجالة الدابة وهي في رباط مالكها وتحريك القنديل ونحو ذلك ، لأن هذا ليس بنقل ظاهر ، وأما قوله ﴿ **أو في حكمه** ﴾ فمثلوه بجحد الأمانة والدلالة عليها والشهادة عند الحاكم لغير المالك بالملك ، لكن هذا رجوع(١) إلى رأي المؤيد ومن معه في كون النقل ليس شرطاً وإنما الشرط الاستيلاء الموجود في غصب غير المنقول ، وأما اشتراط أن يكون النقل ﴿ **بغير إذن الشرع** ﴾ فقد تقدم البحث فيه ، وقال ﴿ **م بالله** ﴾ لا يشترط النقل بل يضمن الغاصب ﴿ **ما ثبتت يده عليه كذلك** ﴾ أي بغير إذن الشرع ، ولو قال المصنف مطلقاً لئلا يتوهم ان خلاف المؤيد إنما هو في المنقول لكان اولى وإن كان خلاف المؤيد ومن

---

(١) **قوله** : رجوع الى رأي المؤيد ومن معه ، أقول : في الغيث فان قيل كيف جعلتم البيع في حكم الغصب عند الهدوية على ان جاحد الوديعة قد صار غاصباً وما ذلك إلا لأجل النقل المعنوي وهذه مثلها ولا يمكن احد من الهدوية الفرق بينهما وكذلك نصوا على ان الشهود يضمنوا إذا رجعوا ولم يحصل منهم نقل حسي فان قلت لعلهم يضمنون المانع والشهود ضمان الجناية لا ضمان الغصب ، قلت قد نصوا أن الجاحد للوديعة كالغاصب وإن لم ينقل نقلاً حسياً ولا فرق بينه وبين المانع لحق الغير على وجه لا يمكن المالك استرجاعه فيَ انه في حكم النقل حقيقياً فكان غاصباً اهـ ولا يخفى أنه لِوَاذ لا يخلص عما قاله الشارح في انه رجوع الى قول المؤيد وقد ذكر المصنف في الغيث فوائد الخلاف ، واعلم أن مؤلف الاثمار اختار مذهب المؤيد ، قال الوابل وإنما أشار المصنف الى ضعف قول المذهب على ان الاستيلاء هو النقل وأنه لا يضمن الغصب إلا بالنقل فقط اختياراً منه لمذهب المؤيد ومن معه من ان الاستيلاء هو إثبات اليد على الشيء فإنه يضمن بحصول الاستيلاء وإن لم ينقل فان مذهب المؤيد هو القياس المعمول عليه وهو الذي فهم من الحد لأن الهدوية وغيرهم قالوا في حد الغصب انه الاستيلاء على مال الغير عدواناً ، هكذا في الأزهار وغيره وهذا الحد مستقيم ولهذا بقاه المصنف ولم يشر الى ضعفه ولكن أشار الى ضعف تفسير أهل المذهب له لأن السابق إلى الفهم هو ما ذكره المؤيد فكان هو الصحيح المعمول عليه او لأنه معنى النقل .

معه مشهوراً في الكل وقد تقدم تحقيق الأدلة ﴿ و ﴾ إذا اعتبرنا في ثبوت الغصب كونه بغير إذن الشرع لم يكن غصباً ﴿ ما نقل[1] لاباحة ﴾ ثبتت تلك الاباحة ﴿ عرفاً ﴾ كأن ينقل الضيف الكوز المعد للشرب ونحو ذلك ﴿أو﴾ نقل خوفاً ﴿عليه﴾ نحو ان يلتقط الضالة خوفاً عليها أن يلتقطها من لا يردها ﴿أو﴾ نقل ﴿من نحو طريق﴾ ليس لمثله أن يكون فيها كنقل الحجر والشوك الموضوع فيها وإذا لم يكن مثل ما ذكر غصباً ﴿فأمانة﴾ لكن كونه أمانة يستلزم وجوب حفظه والمنقول لعرف او من نحو طريق او لخوف منه لا يجب حفظه وإن وجب حفظ ما خاف عليه فإنما يجب بعد نقله فقط مع ان نقل المذكورات بأذن الشرع فلا حاجة الى ذكرها بعد التقييد باذن الشرع فلو قال لم يكن غصباً لاستراح من قوله ﴿ غالباً ﴾ لأنه احترز عمن دفع ملك الغير عن نفسه او ملكه قال فانه لا ضمانة ولا امانة مع أن سائر ما ذكره معه مثله ﴿ و ﴾ اما النقل ﴿ بالتعثر ﴾ في ملك الغير فهو ﴿ غصب ﴾ عند الهدوية لأنهم لا يشترطون نية الاستيلاء كما تقدم ونظره المصنف بأن التعثر إذا كان بفعل المعتاد لم يكن غصباً ، ولا وجه للتنظير بعد عدم اشتراط نية العدوان وإلا لزم أن لا يكون مشتري الغصب جاهلاً لغصبه متعدياً لأنه نقل بالعقد المعتاد شرعاً أيضاً فلا يصح التنظير إلا على أصل أبي مضر في اشتراط نية العدوان .

﴿ فصل ﴾

﴿ و المغصوب ﴾ ﴿ يجب رد عينه ﴾ فلا يجزي الغاصب تسليم قيمته مع بقاء عينه ﴿ ما لم تستهلك ﴾ حساً فاذا استهلكت حساً أجزت القيمة وإن استهلكت حكماً فسيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى ﴿و﴾ يجب عليه أن ﴿ يستفدى ﴾ ما خرج من يده ﴿ غير النقدين ﴾ أما هما فيكفي[2] رد مثلهما وإنما يجب استفداؤه ﴿ بما لا يجحف ﴾ بحاله فإن

---

(١) **قوله** : وما نقل لاباحة الخ ، أقول: حذف هذا الاثمار جميعاً قال الوابل لأن نقل هذه الأشياء لا يكون تعدياً لأن الشارع أباح النقل له. ولله جزيل الحمد.

فصل ويجب رد عينه أي المغصوب .

(٢) **قوله** : ـ فيكفي رد مثلهما ، أقول في الغيث ومعنى قولهم أنه يتعين أنه يتصدق بربحه هكذا ذكره الفقيه « س » ، قلت والأولى عندي خلاف ذلك وأن معنى قولهم أنه يتعين في الغصب أنه اذا كان باقياً في يده لزمه رده بعينه ولا يجزيه البدل ، فاذا خرج عن يده لم يلزمه استفداؤه بل يرد مثله فأما لو كان المغصوب طعاماً أو غيره فخرج عن يد الغاصب قيل يلزمه الاستفداء ويرد مثله ، وظاهر كلام =

أجحف أجزى رد القيمة ، ثم معنى الأجحاف هنا حصول الضرر عليه ، ثم لا بد من كون الرد إما ﴿ **إلى يد المالك إلا** ﴾ أن يكون المالك ﴿ **صبياً ونحوه** ﴾ فإلى ولي مالهما إذا ظن كون أحدهما ﴿ **محجوراً** ﴾ عن التصرف ﴿ **فيها** ﴾ أي في تلك العين لا ما جرت العادة بتصرف الصبيان فيه كقيمة البقل والباقلاء واللحم ونحو ذلك ﴿**أو**﴾ لم يرد إلى المالك وإنما رد ﴿ **إلى من أخذ منه** ﴾ فانه يبرأ ، وأما قوله ﴿ **إلا** ﴾ إذا كان الذي أخذ منه ﴿ **غاصباً مكرهاً** ﴾ فقد أراد بالمكره من كان المالك كارهاً لقبضه إياه ليكون[١] احترازاً عن مثل قبض البغية لمهرها فانه برضى المالك لكن لا يخفى أن الاكراه ليس معناه الكراهة بل هو أخص منها ولأن مهر البغية ونحوه مما أخذ برضى مالكه لا يسمى[٢] غصباً بل إباحة على غرض فاسد وإن

= أصحابنا أنه يلزمه الاستفداء والفرق بينه وبين النقدين أن النقدين قد ثبت أنهما لا يتعينان وإن عينا في البيع والمثلي يتعين ا. هـ. وفي الوابل عن مؤلف الأثمار أن الأظهر تبقية كلام أهل المذهب على ظاهره وأنهما يتعينان ولا يطيبان لمن سلمت إليه بل يجب عليه ردها ويجبره الحاكم على ذلك ويكون كغيرهما وقد ذكر معنى ذلك الفقيه «ف» في الرياض حيث قال لا أعرفه لغير المؤلف، يريد الفقيه «س».

(١) **قوله** : ـ ليكون احترازاً عن قبض البغية مهرها ، أقول : فان مهر البغية غصب في يدها لا أنه أخذ مع عدم كراهة المالك فيبرأ من غصبه عليهما برده إليها بخلاف الرد الى الغاصب المكره للمالك بأخذ العين المغصوبة فانه لو غصبه أحد عليه فانه لا يبرأ برده اليه ، قلت لا أدري ما وجهه في الفرق وما دليله بعد جعل الجميع غصباً وقول الشارح لا يخفي يريد أن العبارة لا تفيد كل المراد لأنها قد تغصب العين بغير إكراه مع حصول الكراهة ، فيلزم صورة ثالثة غير مستفاد حكمها من كلامه وتصويرها أخذ زيد مال غيره مكرهاً له بيده ففيها إكراه من الآخذ وكراهة من المالك أخذه له بغير إكراه والمالك كاره هذه التي لم يفد حكمها أخذه له برضاه لكنه على وجه لا يبيحه الشارع وهو مهر البغي وقد حول الأثمار والفتح العبارة .

(٢) **قوله** : ـ لا يسمى غصباً، أقول: أما على الرسم فانه داخل في مسماه لأنه استيلاء على مال الغير بغير إذن الشارع، وأما في اللغة ففي القاموس غصبه غصباً أخذه ظلماً ا. هـ. ومن أعطى ماله برضاه لا يسمى أخذه ظلماً فالحق مع الشارح باعتبار المعنى اللغوي والدليل على من ادعى أنه قد نقل الشارع لفظ الظلم والغصب الى غير معناه لغة وفي الهدى النبوي فان قلت فما تقولون في كسب الزانية اذا قبضته وتابت هل يجب عليها رد ما قبضته الى أربابه أم يطيب لها أم تتصدق به ، قلت هذا ينبني على قاعدة عظيمة من قواعد الاسلام وهي أن من قبض ما ليس له قبضه شرعاً ثم أراد التخلص منه الى أن قال فاذا كان القبض برضى الدافع وقد استوفى عوضه المحرم فلا يجوز أن يجمع له بين العوض والمعوض فان في ذلك اعانة له على الأثم والعدوان وتيسير أصحاب المعاصي عليها فهذا مما تصان منه الشريعة عن =

كان له حكم الغصب في التحريم فليس كل محرم مغصوباً ولهذا يقولون في نحو مهر البغي أنه ملك من وجه محظور فيجب التصدق به على أنه[١] يجب على الغاصب المكره استفداؤه اذا خرج من يده ويجب عليه تبرئة ذمته وهما يستلزمان استحقاق قبضه ووجوب الرد إليه وذلك مستلزم لبراءة الراد لأنه رده بأذن الشرع ، وهذا وجه قول أبي العباس والمنصور وأبي حنيفة ببراءة من رد الى الغاصب مطلقاً وهو الحق ومنه يعلم أن ليس للمالك إلا تضمين الغاصب الأول لأن تضمين الثاني حق للأول لا للمالك ويشهد له حديث أسيد بن حضير المقدم وقضاء الشيخين بذلك ولم ينكر ﴿**أو**﴾ بالرد إلى من ﴿ **في حكمه** ﴾ وهو الأخذ من صبي برضى الصبي اذ ليس لرضى الصبي تأثير فكأنه مكره فلا يبرأ من رد إلى الآخذ من الصبيٍ ﴿**و**﴾ إلا إذا كان الذي أخذ منه ﴿ **نحو راع** ﴾ للسائمة فانه لا يبرأ اذا رد اليه ﴿ **ليلاً** ﴾ وكذا إذا رد إلى مضارب محجور عن السفر مسافراً وبالجملة من رد إلى مأذون له بقبض العين في زمان أو مكان مخصوصين دون ما عداهما فانه لا يبرأ ﴿ **ويبرأ** ﴾ الغاصب عن ضمان العين ﴿ **بمصيرها إلى المالك بأي وجه** ﴾ حصل مصيرها إليه من رد أوبيع أو عارية ، أما إذا لم يكن إحداث الغاصب فيها ما يوجب الأرش الآتي فظاهر ، وأما إذا كان قد أحدث فيها ما لا يوجب إلا الأرش فكذلك أيضاً ، وإن بقي عليه الأرش ، وأما إذا كان قد أحدث فيها ما يوجب تخيير المالك بينها وبين القيمة ففي براءته ﴿**وإن جهل**﴾ المالك مصيرها إليه نظر لأنها إذا صارت إليه بوجه يوجب عليه قيمتها كما لو صارت إليه بشرائه لها أو يوجب عليه رد عينها كما لو صارت

= الاتيان بما لا يسوغ القول به وهذا يتضمن الجمع بين الظلم والفاحشة والغدر ، من قبح القبيح أن يستوفي غرضه من الزنى بها ثم يرجع فيما أعطاها قهراً وقبح هذا مستقر في فطر جميع العقلاء ، ولا تأتي به الشريعة لكن لا يطيب للقابض قبضه بل هو خبيث كما حكم عليه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لكن خبثه لخبث مكسبه لا لظلم من أخذ منه وطريق التخلص منه وتمام التوبة بالصدقة فان كان محتاجاً إليه فله أن يأخذ قدر حاجته ويتصدق ا . هـ بالباقي قلت وإنما ذكر التائب وإن كان واجباً على غير التائب أيضاً لأنه الذي بصدد تطلب التخلص وبيان كيفية الخلوص عما كسبه من غير وجهه وبه تعرف أن الحق كلام الشارح إلا أنه ناقش المنار، قولهم مهر البغي ملك من وجه محظور فقال إنه وثمن الكلب وحلوان الكاهن ليس بمملوك وتقدمت الاشارة إليه.

(١) **قوله** : ـ على أنه يجب الخ ، أقول : هذا كلام متين إلا أن في الغيث أن المنصور يشترط غيبة المالك ، وفي المنار أن العين المغصوبة ملك مالكه والواجب على من قدر على نزعه من الغاصب بالرد لمالكه فيكف إذا صار الى يدك ترده الى حيث يجب عليك أخذه منه هذا من أعجب العجاب وقد اختلف كلام الشارح وكلامه والمحل محل نظر . ولله جزيل الحمد وله المنّة.

اليه عارية لما صدق على ذلك اسم الرد والتأدية الذي نبه الحديث على أنها علة البراءة ، فكذا إذا ردت وقد نقصت بما لو علم مالكها أن له الخيار بين قيمتها سليمة وبين عينها لاختار القيمة لم يكن صيرورة العين إليه مسقطاً لما يستحقه من القيمة ، وينبغي أن يحمل عليه قول الناصر والشافعي أنه لا يبرأ إلا إذا علم المالك لأنه إذا ردها لمن أعاره إياها أو سلم قيمتها لمن شراها منه أو رضي بعينها دون قيمتها مع معرفته استحقاق القيمة كان ذلك إسقاطاً منه لحقه باختياره ﴿و﴾ يبرأ الغاصب أيضاً ﴿ **بالتخلية الصحيحة** ﴾ بين المالك وبين العين المغصوبة ﴿ **وإن لم يقبض** ﴾ لأن الواجب على الغاصب إنما هو مقدوره وهو الأقباض لا القبض فليس بمقدور له ولا حاجة إلى قوله ﴿ **إلا** ﴾ إذا ترك القبض ﴿ **لخوف ظالم** ﴾ إذا علم أنها له أخذها عليه ﴿ **أو نحوه** ﴾ من الموانع عن القبض كما لو خلى بينه وبين المصحف وهو جنب لا ماء عنده أو خلى بينه وبينها وهو في مكان مغصوب وإنما لم يحتج الى ذكر هذا لأن تقييد التخلية بالصحيحة مغن عنه فان المراد بالصحة العقلية والشرعية كما تقدم في الخلوة ﴿و﴾ الرد ﴿ **يجب إلى موضع الغصب وإن بعد** ﴾ إذا كان المالك يحتاج في وصوله الى موضع الغصب إلى مؤنة ، وقال المؤيد لا يجب ، لنا أن المؤنة غرم يلحق المالك بسبب الغاصب فيلزمه الايصال أو تسليم الغرم .

وأجيب بأن التأدية في الحديث مطلقة والمطلق لا يدل على المقيد ، قلنا التقييد بالقياس صحيح ، وأجيب بأن هذا القياس فرع وجوب الرد الى موضع الغصب وهو محل النزاع ﴿أو﴾ إذا لم يرد إلى موضع الغصب وطلب المالك الرد في مكان ﴿ **الطلب** ﴾ وجب على الغاصب ردها فيه ﴿ **إن كانت فيه** ﴾ فقط ﴿و﴾ إذا كان الغاصب قد ألصقها بشيء وجب أن ﴿ **يهدم ويكسر ويذبح للرد ما هي** ﴾ ملصقة ﴿ **فيه** ﴾ لكن لا مطلقاً بل ﴿ **حيث له** ﴾ في الشرع أن يفعل ﴿ **ذلك** ﴾ لا لو أبلعها بهيمة الغير ونحو ذلك مما لا يجيزه الشرع أو لا يوجبه كما لو أجحف به الهدم أو الكسر ﴿ **وإلا** ﴾ يوجب الشرع عليه الهدم أو نحوه ﴿ **فقيمة الحيلولة** ﴾ أي قيمة العين لأجل الحيلولة بينها وبين مالكها لازمة له لينتفع بها المالك حتى تذهب الحيلولة فيجب رد المالك للقيمة على الغاصب هي وفوائدها لأنها مجرد وثيقة كالرهن ، وقوله ﴿ **على الأصح** ﴾ إشارة إلى أن القيمة إن لم يكن للعين فلا وجه لأيجابها والاعتذار بالتوثيق يفتقر الى دليل وتراض كالرهن ، فالقياس تخيير المالك بين انتظار إمكان التسليم أو قبض قيمة العين ، فاذا اختار القيمة كان ذلك كبيعه العين كما هو رأى المؤيد والحنفية ﴿ **كعبد أبق أو أي شيء** ﴾ غصب ثم ﴿ **تنوسخ فتعذر رده** ﴾ لمالكه .

نعم لو ادعى المالك أن قيمة العين مائة وادعى الغاصب انها خمسون ولم يجد المالك بيّنة فحلف الغاصب فانكشف أن القيمة مائة وجب الرد ، قيل كما لو رجع المفقود بعد نكاح امرأته بالبينة على موته قيل يجب تخيير المالك فقط .

﴿ فصل ﴾ ﴿و﴾ [١]

العين المغصوبة ﴿**إذا غيرها**﴾ الغاصب ﴿**إلى غرض**﴾ عام قصد الناس له وكان أيضاً بحيث لا يذهب اسمه ولا معظم منافعه وإلا ملكه بذلك الغاصب كما سيأتي وتعين عليه ضمان القيمة وأما إذا لم[٢] يذهب اسمه ولا معظم منافعه ﴿ **خير**[٣] ﴾ المالك للعين ﴿ **بينها وبين القيمة ولا أرش** ﴾ له ﴿ **إلا في نحو الخصي** ﴾[٤] مما ينقص به جزء من العين فله قدر قيمة ذلك الجزء الناقص ﴿ **وإن زادت** ﴾ القيمة ﴿ **به** ﴾ أي بنقصه إلا أن الحق أن هذا لا يثبت إلا فيما له قيمة منفرداً ، أما في جزء لا تنفرد قيمته عن قيمة الكل فلا يعتبر إلا نقصان قيمة الكل ﴿**و**﴾ إن غيرها الغاصب ﴿ **إلى غير غرض** ﴾ كتقطيع الثوب على

---

(١) **فصل** وإذا غيرها الى غرض ، أقول : في المنار إن هذا ناظر إلى مسألة الملك بالاستهلاك ويأتي بيان ضعف دليله .

(٢) **قوله** : ـ وأما إذا لم يذهب اسمه ولا معظم منافعه أقول : في البحر وإن أزال اسمه إذ العمدة بقاء معظم المنافع ومثله بذبح الحيوان فانه أزال اسمه لا معظم منافعه فلا أرش مع العين فكان حق الشارح أن يقول ، وأما إذ لم يزل معظم منافعه وإن زال اسمه .

(٣) **قال** : ـ خير المالك ، أقول : سيأتي ذكر الخلاف في المسألة وأن المؤيد والناصر والشافعي يقولون بأخذ الأرش مطلقاً ، وقال المنار إنه الحق والمصنف اختار في البحر أنه يخير بين القيمة والعين مع الأرش .

(٤) **قال** : ـ لا في نحو الخصي ، أقول : لم يعلل الشارح وجهه ، وفي البحر لأن الانثيين مضمونتان من الحر بالدية فيجب ضمانهما من العبد بالقيمة ، قال عليه المنار كأنهم نظروا هنا إلى كونه آدمياً كما قالوا فيما مضى فقيمته ما لم تعد دِيَة الحر ولو اعتبروا المالية لكان كالثور والكبش قلت وأراد بما مضى قول البحر لأن العبد في الجناية مضمون بقيمته ما لم تَعَدَّدية الحر لشبهه به صورة ونقل عن الشافعي أنه مال فيضمن مطلقاً ورد عليه المصنف بأن شبهه بالآدمي ذاتي وبالمال عرضي ، والذاتي أقوى وتعقبه المنار بقوله ليس هذا الاعتبار بنافق عند أهل الاستدلال بالشرعيات بل هو مال شرعاً حكمه حكم المال ما دام رقا ومع ذلك فهو آدمي لا شبيه بالآدمي . ولله جزيل الحمد وله المنة .

هيئة لا يلبسها أهل البلد ﴿ **ضمن أرش** ﴾ النقصان ﴿ **اليسير** ﴾ وهو النصف فما دون ﴿ **وخير** ﴾ المالك ﴿ **في الكثير بين قيمتها** أي العين الصحيحة ﴿**و**﴾ بين ﴿ **عينها مع الأرش و** ﴾ أما ﴿ **فوائدها** ﴾ أي العين المغصوبة فهي إما أصلية كالولد والثمر أو غير أصلية كالكرى والمهر فأما غير الأصلية إذا تعطلت ـ وفي نسخة تعذرت ـ عنها العين بسبب الغصب فمضمونة ، وقال أبو حنيفة غير مضمونة ، لنا أن المنافع مال كما لو فوت جزءاً من العين ، قالوا الجزء لازم لكل بخلاف المنفعة فكثيراً ما تنفك عنها العين والأصل عدم الانتفاع وإن لم تتعطل بل أكراها الغاصب فالكرى للمالك أيضاً ، وقال المؤيد مذهباً وتخريجاً والأمام يحيى بل للغاصب [1] في مقابلة ضمان المنفعة لحديث الخراج بالضمان صححه الترمذي وتقدم في خيار العيب ، وإن لزمه التصدق بها لملكها من وجه محظور قلنا وارد في خراج المبيع لا الغصب ، قالوا لا يقصر العموم على سببه .

قلنا [2] **لا يبقى حينئذ للخبر فائدة** لأن ضمان الخراج عبارة عما يعوض به ، فاذا كان المعنى ما ذكرتم كان في قوة الخراج بالخراج والباء للمقابلة فلا يقابل الشيء نفسه ، قالوا المضمون إنما هو أجرة المثل لا المأخوذ من الكرى بالفعل لأن المالك لم يعقد عليه فيستحقه ، قلنا أجرة المثل خراج أيضاً يملكه الغاصب بضمانه فلا محيص عن مقابلة الشيء بنفسه ، ثم يلزم أن لا يجب التصدق بما قبضه الغاصب من الخراج قولكم من وجه محظور لا يصح بعد إباحة

---

(١) **قوله** : ـ بل للغاصب أقول : قال المؤيد إن كرى العين المغصوبة للغاصب في مقابل ضمان العين ويلزم لصاحب العين كرى مثلها ، فقول الشارح ضمان المنفعة إن صرح به المؤيد فذاك وإلا فالظاهر أن المراد ضمان العين وإن لزمه ضمان المنفعة تبعاً لضمان العين .

(٢) **قوله** : ـ قلنا لا يبقى للخبر فائدة ، أقول : هذا مأخوذ من كلام المصنف في البحر فانه قال قلنا تبطل فائدة الخبر مع ضمان المنفعة ، قال المنار في بيانه يعني أن ظاهر الخبر إن حمل على العموم ينافي القول بتضمين المنافع فيحمل على غير ذلك كأنه يريد غير الغصب ويقربه وروده في مضمون غير مغصوب فالمتيقن المعهود كأنه قال خراج هذا في ضمانه فيلحق به ما ساواه دون الغصب ا . هـ والشارح جعل المراد ضمان الخراج بالخراج وهو يحتمل أنه مراد المصنف إلا أنه غير مراد الحديث وسيصرح الشارح أن المراد من الحديث ضمان العين بالخراج لا ضمان الخراج وإن ذلك الحق فكلامه هنا توفية لمراد المصنف وقد أرهص لتطبيق الحديث على ذلك بقوله آنفاً في مقابلة ضمان المنفعة أو العين عن الخراج الذي يلزمه فقد تغايرا وهو كافٍ في صحة الكلام وقوله ثم يلزمه أن لا يجب التصدق يقال لعله يلتزمه القائل بالملك .

الشارع له وجعله بمقابلة الضمان كما لا يجب التصدق بكرى المعيب كما تقدم ، والحق أن هذا الحديث لا مدخل للاحتجاج به في الغصب وإن استلزم قصر عموم الخراج على سببه أعني خراج المعيب فقد[١] صححنا قصر العموم على سببه في الأصول ، وأما ﴿ **الأصلية** ﴾ فهي في يد الغاصب ﴿ **أمانة** ﴾ وقال[٢] الناصر والأمام يحيى والشافعي مضمونه لنا أنها تدخل في يد الغاصب بغير اختياره كما تلقيه الريح من مال الغير في داره ، ورد بالمنع مسنداً بأن اختياره قبض العين اختيار لقبض فأيدتها فان اختيار قبض الملزوم اختيار لقبض لازمه ضرورة ، ولأن الفائدة الأصلية بالضمان أولى من الفرعية لكونها كجزء من العين فهو من الفحوى وإلا لزم قول أبي حنيفة في الفرعية ، واذا كانت الأصلية أمانة ﴿ **فلا يضمن** ﴾ الغاصب منها ﴿ **إلا ما نقله لنفسه**[٣] **أو جنى عليه أو لم يرد مع الامكان** ﴾ للرد أو فرط في حفظه وبالجملة ما أوجب ضمان الوديعة أوجب ضمان هذه الفوائد .

﴿ فصـل ﴾

﴿ **ولا يرجع** ﴾ غاصب العين ﴿ **بما غرم فيها وإن** ﴾ كانت قد ﴿ **زادت به** ﴾ بل يسلمها بزيادتها إن كانت سمناً أو كبراً أو نحوهما مما لم يحدث به نقصان في العين فان حصل بتلك الزيادة عيب كانخراق الثوب بالقصارة والجلد بالدباغ خير المالك كما تقدم ﴿و﴾ الغاصب ﴿ **له فصل ما ينفصل** ﴾ من الزيادات إذا كان ـ وفي نسخة كانت ـ ينفصل ﴿ **بغير ضرر وإلا**﴾ ينتف ضرر العين بفصله ﴿**خير المالك**﴾ بين قلع الحلية وأخذ ارش الضرر أو دفع قيمة الحلية قبل فصلها ، قيل فاذا اختار القلع فأضر ثبت ما تقدم في الكثير واليسير وفيه نظر لأن الضرر وقع باختياره ﴿و﴾ الغاصب له ﴿ **قلع الزرع** ﴾ أي هو عليه

---

(١) **قوله** : ـ فقد صححنا قصر العموم على سببه ، أقول : الشارح يمنع العموم من أصله في أصوله ، فكأنه صححه لغيره وفي المنار ويقربه أي قصر العموم أن الحديث ورد في مضمون غير مغصوب إلى آخر ما سلف عنه .

(٢) **قوله** : ـ وقال الناصر والمؤيد والشافعي ، أقول : استدل لهم في البحر بقوله « نماءِ أصلٍ مضمونٍ فيضمن كولد صيد المُـحْرِم » ، قلنا علة التحريم الأحرام فتعدت الى الولد بخلاف الغصب فالعلة في الضمان التعدي ، قال في المنار لا أرى بين التعليلين فرقاً في اقتضاء التعدي فالمنصور مذهب الناصر ومن معه وهو الذي اختاره الشارح ومن معه إلا أنه اقتصر على المنع وسنده لم يذكر الدليل .

(٣) **قال** : لنفسه ، أقول : لا لنفع العين المغصوبة كسقي الحيوان ورعيه ، وقوله أو جنى عليه فانه يضمنه ضمان جناية لا غصب . اهـ.

ولو قال كذلك لكان هو الصواب لأنه تخلية للمغصوب ﴿ **وإن لم يحصد** ﴾ وقال الأمام يحيى بل يبقى بالأجرة وقال القاسم[١] ومالك هو لصاحب الأرض وعليه ما أنفق عليه الغاصب لنا « ليس لعرق ظالم حق » أبو داود والنسائي والترمذي من حديث سعد بن زيد .

وأجيب بأن الترمذي والدارقطني أعلاه بالارسال ورجحه الدارقطني أيضاً واضطرب فيه أيضاً على هشام بن عروة اضطراباً كثيراً ، قلنا رواه أبو داود الطيالسي من حديث عائشة ، قالوا باسناد فيه زمعة وهو ضعيف ، قلنا هو عند ابن أبي شيبة وابن راهوية عن عمرو بن عوف

فصل ولا يرجع بما غرم فيها

(١) **قوله** : ـ وقال القاسم ومالك ، أقول في النهاية لابن رشد المالكي ما لفظه أجمع العلماء على أن من غرس نخلاً أو ثمراً وبالجملة نباتاً في غير أرضه أنه يؤمر بالقطع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال « من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس في حق الغير وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم « غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج منها قال ولقد رأيتها وانها لتضرب أصولها وإنها لنخل عم » إلا ما روى في المشهور عن مالك على أن من زرع فله زرعه وكان على الزارع كرى الأرض وقد روى عنه ما يشبه قول الجمهور ، ثم قال وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع في أرض غيره له نفقته وزرعه لهم وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج أنه قال صلى الله عليه وآله وسلم « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء » اهـ. فعرفت أن لمالك قولين الأول المشهور عنه أن الزارع له زرعه وعليه للمالك كرى الأرض والثاني أنه يقطع ولم يذكر له أنه يكون لصاحب الأرض إنما ذكره لغيره وهذا صاحب مذهبهم ، وإمامهم وهذا مما يورث الريبة في هذه النقول للمذاهب ويوجب البحث عن حقيقتها فهذا شيء لم يقله مالك ولا قاله عنه أهل مذهبه ، فائدة قوله صلى الله عليه وآله وسلم « لِعِرْقٍ » بالتنوين جزم به الأزهري وابن فارس وغيرهما وغلط الخطابي من رواه بالاضافة **قوله** عموم مخصوص ، أقول : لك أن تقول لا منافاة بين نفي الحق عن العرق الظالم وبين القضاء بالزرع لرب الأرض بل ذلك القضاء إبطال لحق العرف فان حقه أن يكون باقياً لمن زرعه فجعله للغير وهو مالك الأرض لقلعه في عدم إبقاء حق لغارسه وزارعه ، نعم لا يخفى أن هذا القضاء منه صلى الله عليه وآله وسلم قد خالفه القضاء في النخل كما سمعت من حديث أبي داود وإن كان الكل قد أفاد نفي الحق عن العرق الظالم ، إلا أنه أثبت النفقة للزارع بخلاف الغرس فهذا دليل الفرق كما سلف عن النهاية .

عن أبيه عن جده وعلقه البخاري بلفظ ويروي عن عمرو بن عوف ورواه البيهقي من حديث الحسن عن سمرة والطبراني من حديث عبادة وعبدالله بن عمر والكل منتهض للاحتجاج قالوا انما ينتهض على من جعله لمالك البذر ، وأما من جعله لمالك الأرض فالحديث حجة له ويشهد له أيضاً ما عند أبي داود والترمذي وأبي عبيد في كتاب الأموال من حديث رافع بن خديج مرفوعاً «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته» ورواه ابن أم أيمن في مصنفه أيضاً بلفظ أن رجلاً غصب رجلاً أرضاً فزرع فيها فارتفعا الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقضى لصاحب الأرض بالزرع وقضى للغاصب بالنفقة ، وأما تأويل [١] المصنف وغيره بأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أراد حيث زرع الغاصب ببذر المالك وبأذنه وإنما خالف في الأرض المأذون فيها فمما لا ينبغي أن ينسب الى عالم ، ولو قبل مثل هذا التأويل ما انتهض دليل على حكم شرعي وكم للأصحاب من أمثال ذلك والحق أحق أن يتبع والله المستعان .

قلت إلا أن ذلك لا يطابق[٢] دعوى الأمام يحيى وان طابق علته فانه علل بأن ضرر مسلم لا يدفع بضرر آخر ثم فيه دليل على أن ملك الزرع يتبع ملك الأرض لا ملك البذر ﴿**و**﴾ عليه أيضاً ﴿ **أجرة المثل** ﴾ للعين خلافاً لأبي حنيفة كما تقدم ﴿ **وإن لم ينتفع** ﴾ خلافاً لمالك وقد تقدم تحقيقه ﴿ **فإن أجر أو نحوه** ﴾ باع أوهب ﴿ **فموقوف** ﴾ على إجازة المالك يجري فيه ما تقدم في بيع الفضولي لأن الأجارة بيع للمنفعة وإنما بقي النظر في أن الأجارة هل هي توكيل حتى تثبت الحقوق للوكيل وعليه أم لا ﴿**و**﴾ على الغاصب أيضاً ﴿ **أرش ما نقص** ﴾ من العين المغصوبة ﴿**ولو**﴾ كان النقص إنما هو إزالة ﴿ **لمجرد زيادة** ﴾ حاصلة

---

(١) **قوله** : ـ وأما تأويل المصنف ، أقول : المصنف نسب التأويل الى الأصحاب حيث قال : قال أصحابنا أراد حيث زرع بذرهم ، قلت ويأمرهم ا . هـ قال شارح الفتح هذا تأويل المؤيد لكن لا بد أن يزاد بأمرهم كما في الكتاب وقد ذكره بعض المذاكرين وذلك لأنه إذا لم يكن بأمرهم كان مستهلكاً للبذر على المذهب ا . هـ فالمصنف قرر التأويل وهو دليل أنه رضيه وتأوله أبو العباس بأنه وقع الزرع بالكرى ورد المنفعة بمعنى أخذه ما زاد على كرى المثل ويتصدق بهذا الزائد.

(٢) **قوله** : ـ لا يطابق دعوى الأمام يحيى ، أقول : لأن دعواه أنه يبقى الزرع لباذره وعليه الأجرة لرب الأرض ولكنه قد طابق هذا الحكم علته لأنه ما زال ضرراً بضرر كما لزم من قول أهل المذهب من أنه يقلع فانه أزيل ضرر من أرض المالك بضرر زرع رب البذر قال المنار هذا اعتبار غريب من الأمام يحيى من جنس المصالح المرسلة وهل يعبأ بضرر الظالم ؟ واختار ما جنح اليه الشارح من أن الزرع لرب الأرض وعليه للغاصب نفقته . ولله جزيل الحمد وله المنّة .

﴿ **من فعله** ﴾ أي من فعل الغاصب ﴿ **كأن حفر بئراً** ﴾ في الأرض التي غصبها فزادت قيمة الأرض بتلك البئر ﴿ **ثم طمها** ﴾ برد ترابها إليها بغير رضى المالك والتراب موضوع في ملك المالك فنقصت قيمة الأرض بطم البئر فانه يضمن نقصان القيمة . وهذا بناء على أنه لا يستحق نفقة الزرع ونحوه مما تزيد به العين أما اذا حكمنا باستحقاقه النفقة كما يدل عليه قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بذلك كما تقدم لم يضمن[1] زيادة القيمة بالطم لأنه فوت قيمة ما كان يستحق قيمته على المالك ﴿**إلا**﴾ أنه لا يضمن من الزيادات ﴿ **نقصان السعر** ﴾ خلافاً لأبي صور وهو مقتضى[2] قول الناصر والشافعي أن الغصب مضمون بأوفر القيم من الغصب إلى التعذر .

أحتج المصنف بأن السعر يرجع الى زيادة الرغبات ونقصانها لا الى عين الشيء وصفته ، وأجيب بأن ذلك شأن كل قيمي فيستلزم أن لا تضمن قيمة أصلاً ﴿ **قيل** ﴾ قاله الهادي عليه السلام ﴿ **و** ﴾ مثل زيادة السعر سمن الدابة اذا أزاله ﴿ **الهزال** ﴾ مع الغاصب فأنها لا يضمنان ﴿ **ونحوهما** ﴾ مما تنقص به العين وقيمتها ، وقال المؤيد والفريقان الهزال ونحوه ليس كالسعر فيضمن لأنه نقص من العين بخلاف السعر فليس بنقصان عين ولا منفعة حتى أن المؤيد نسب الهادي في عدم تضمين السمن الى مخالفة الاجماع ، ولهذا أشار المصنف الى ضعف قول الهادي عليه السلام بقوله قيل لكون تصديه لبيان المذهب الذي هو أقوال الهادي مما لا يسوغ له معه التعرض لضعفه والا لكان عليه أن يشير الى ضعف أقوال الهادي التي نسب فيها الى مخالفة الأجماع كالحكم بكون الفرجين من اعضاء الوضوء وايجاب استبراء الأمة على بائعها ونحوه ، ثم الهادي وان قال بعدم ضمان السمن فأنما قال بذلك ﴿ **في** ﴾ المهزول ﴿ **الباقي** ﴾ أما لو هزل ثم تلف ضمنه الغاصب سميناً ، قيل وكذا لو كان المالك قد طالب في العين أيام زيادة السعر ولا وجه لذلك لأن تجدد المطالبة بالفعل لا تأثير له لأن الغاصب مطالب في كل آن والا لما ضمن لأنه لو لم يكن مطالباً لكان مأذوناً في القبض وذلك يرفع الغصب .

---

(١) **قوله** : ـ لم يضمن زيادة القيمة ، أقول : كأنه يريد إذا تساوت النفقة والزيادة .

(٢) **قوله** : ـ وهو مقتضى قول الناصر والشافعي ، أقول : في المنار كأنهما يجعلان السعر مضموناً ، قلت وهو الأقرب فان نقصان القيمة كان بسبب استيلاء الغاصب على العين بخلاف نحو الهزال فانه قد يكون من مرض ونحوه ، نعم إذا كان الهزال بسبب منه كإجاعة الدابة فالأقرب أنه يلزمه .

﴿ فصل و ﴾

الغاصب ﴿ **يملك ما اشترى بها** ﴾ أي بالعين المغصوبة ﴿ **أو بثمنها** ﴾ الذي قبضه من بيعه لها لكن بشرط ان تكون العين والثمن الذي اشترى بهما ﴿ **نقدين** ﴾ لما عرفت في غير موضع من كونهما لا يتعينان عند الهدوية خلاف [١] المؤيد بالله ﴿ **و** ﴾ لكن الهدوية يوجبون عليه أن ﴿ **يتصدق بالربح** ﴾ قالوا لحديث أن بعض الانصار رضي الله عنهم ذبح لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم شاة من غنم جار له لم يؤاذنه فيها ، وإنما استصحب فيها عادة التسامح بين الجيران بنية رضى مالكها فلما حضرت بين يدي النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يستطع اساغة شيء منها فسأل عن سبب ذلك فأخبروه فبعث باللحم الى الأسارى رواه أحمد وأبو داود والدار قطني والبيهقي فدل على أن ما أخذه من وجه محظور وجب التصدق به وقياساً على مهر البغي المتفق على النهي عنه وغيره كما تقدم وفيه بحث ، أما نحو مهر البغي فلم يرد الأمر بالتصدق به ، وانما قيس على خبر الشاة ، وأما خبر الشاة فهو مشكل لأن اللحم ان كان باقياً على ملك [٢] المالك كما تقدم من أن التغيير الى غرض لا يرفع ملكه لم يجز التصدق به كما لا يجوز ذبح الشاة ولا يقال التصدق به لخشية فساده لغيبة المالك لأنه [٣] لا دليل على أن غيبة مالك الشاة كانت بحيث يستلزم انتظاره فساد اللحم المطبوخ ولو سلم فلا ولاية للغاصب على

فصل ويملك ما أشترى بها .

(١) **قوله** : خلاف المؤيد ، أقول : فأنه لا يتعين عنده فالبيع فاسد ، قال في المنار فلا يملك ولا ربح ، قلت بناء على أنه لا يملك بالعقد الفاسد ا هـ.

(٢) **قوله** : باقياً على ملك المالك ، أقول : هذا لا يصح على اختيار المصنف لتصريحه في البحر أن الطبخ استهلاك والاستهلاك مملك لكن يصح عند غيره الا انه انما يلزم بمذهبه .

(٣) **قوله** : لأنه لا دليل على أن غيبة مالك الشاة الخ ، أقول : دليله تصدق النبي صلى الله عليه وآله وسلم باللحم ولا يتصرف صلى الله عليه وآله وسلم في مال غيره الا لمصلحة وهي هنا خوف فساد اللحم فلا ينتفع به أحد وإضاعة المال محرمة وقد أجاز صلى الله عليه وآله وسلم لواجد ضالة الغنم أن يأخذها لنفسه في حديث «انما هي لك أو لاخيك أو للذيب» وقوله فلا ولاية للغاصب يقال المتصدق في مسألة الشاة من هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم فأذا وجد الأمام أو نايبه تصدق بالمال الذي يخشى فساده على مالكه الغائب ، وهذا دليله فأن فقد الأمام أو تعذر أخذ رأيه جاز لكل من المسلمين التصدق بما هذا شأنه لئلا يضاع المال .

التصدق بمال الغير وان فسد ولأن الصدقة [١] قربة يفتقر الى نية المالك ولا تصح النية عن الغير وان لم يكن اللحم باقياً على ملك المالك فمع أنه يخالف ما تقدم من أن تغيير المغصوب الى غرض لا يرفع ملك المالك لا يكون بعث النبي صلى الله عليه وآله وسلم باللحم الى الاسارى حجة على الحرمة لأن الفعل [٢] لا ظاهر له بل غاية ما يلزم هو الكراهة والا لحرم [٣] على

---

(١) **قوله** : لان التصدق قربة لا تصح عن الغير ، أقول : فعله صلى الله عليه وآله وسلم دليل صحتها عن الغير في مثل هذه الصورة وتكون كنية الأمام والمصدق عند أخذ الزكاة كرهاً من مالكها واذا كان منع المالك مصححاً لنية الغير عنه فلتكن غيبته أيضاً مصححة لذلك فلا إشكال انما الأشكال في الصدقة بمهر البغي وحلوان الكاهن ونحوهما فأنه ليس ملكاً لهما لأنه كثمن الكلب والخنزير ، وقولهم ملك من وجه محظور سبقت الأشارة الى أن الحظر ينافي الملك فانه لا يملك الا ما أذن فيه الشارع ، ولذا لا يملك المسلم خمراً ولذا فسر العدوان في رسم الغصب بأنه ما أخذ من غير اذن الشارع والمعطى قد خرج عن ملكه والا لما وجب التصدق به والرد اليه لأنه قد استوفى ما بذله في مقابلته كما سلف فكيف يكون له أجر صدقة في مال أخرجه لينال عوضاً محرماً ، نعم البغى مثلاً لا شك في أن لها أجر امتثال الأمر بأخراج ما في يدها مما أخذته من غير وجه شرعي فلها أجر امتثال أمر الشارع ، وأما المال فلا ملك لها فيه وليس هذا كما لو غصب مال وبني به مسجد فأنه قد أفتى ابن عقيل الحنبلي أنه لا ثواب لواحد منهما أما الغاصب فأنه آثم وكل تصرفاته في الغصب محرم ، وأما المغصوب عليه فأنه لا نية له في ذلك ، وانما الأعمال بالنيات وقد قيل بل يثاب صاحب المال المغصوب عليه لأنه تولد النفع للمسليم من ماله وان لم يقصده فهو كما لو حصل له الخير من ولده البار ولأن أخذ ماله مصيبة عليه واذا تولد عن المصيبة خير لم يعدم صاحبها منه ثواباً قيل والغاصب قد فعل خيراً وشراً (ومن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره) كما أنه لو أنفق ما غصبه في معصية عوقب عقوبتين،عقاب على المعصية وعقاب على الغصب .

(٢) **قوله** : لأن الفعل لا ظاهر له ، أقول : فعله صلى الله عليه وآله وسلم ليس بظاهر في حكم معين في الخمسة بل يرجع في التعيين الى القرائن ونحوها ، وأما قوله والا لحرم على الأساري فهو مبني على أنه تصدق به لحرمته عليه وعلى أصحابه وليس كذلك عندهم بل هو حلال له ولهم الا أنه أراد بتركه لأكله هو وأصحابه ما سلف عن شارح البحر وأحسن منه أن يقال انما تصدق صلى الله عليه وآله وسلم لأبانة الحكم لأنه لو أكله هو وأصحابه لما علم هذا الحكم .

(٣) **قوله** : والا لحرم على الأسارى ، أقول : هو غير محرم عندهم لا على الأسارى ولا على غيرهم ، قال في شرح البحر انما لم يأكل منه صلى الله عليه وآله وسلم لئلا يكون اغراء على فعل القبيح والا فأنه يجوز له الأكل منه ، قلت الا أنه بقي شيء وهو أن المدعى وجوب التصدق بربح ما شرى بثمن الغصب =

الأساري وغيرهم كما يحرم صيد الحرم على قاتله وغيره اذ الجميع ذبح من غير أهله في غير محله وذلك يوجب كون المذبوح ميتة كما يقتله السبع والمحرم وغيره في الحرام ، وأيضاً النقد اذا لم يتعين للثمنية كان ما اشتراه به كالذي يشتريه الى ذمته في أنه [١] يطيب له ربحه اتفاقاً وانما يتجه ذلك على القول بتعينه للثمنية كما هو [٢] رأى المؤيد وانما قال المؤيد بأن الربح يطيب لأنه خراج للمغصوب وقد ثبت عنده ان الخراج بالضمان كما تقدم ولو كان لغصبية الثمن تأثير في

= والدليل التصدق بعين الغصب المستهلك على أن الأيجاب فيه على الغاصب وهنا لمتصدق فالدليل في جانب من الدعوى ، ولا يقال هذا مخالف للقاعدة اذ قد ملك الغاصب الشاة بالذبح والطبخ لأنا نقول لا يتم ملكه بمجرده بل لا بد من المراضاة كما يأتي ، وأما التصدق فأنه يجب وان لم يحصل بما خشى فساده . وأعلم أن المصنف قد أعترض في الغيث هذه الحجة فقال ولنا على هذه المسألة اعتراضات ، أما الخبر فليس فيه دلالة أنهم قد ملكوه لأمرين أحدهما أن صاحب الشاة كان غائباً فلا يؤمن أنه لو كان حاضراً أعطوه اللحم مع الأرش ولم يتركوه حتى يحضر لخشية فساده ولم يبيعوه لاحتمال أنهم لا يعتادون بيع اللحم ناضجاً ويأنف أهل الجهة من بيعه وشرائه كما في كثير من الجهات ، الوجه الثاني انكم شرطتم في الاستهلاك أن يكون الطابخ هو الذابح ولا دلالة تدل على ذلك ههنا فكيف حكمتم بأنها مستهلكة . قلت ولو سلمنا أنها مستهلكة فأين الدليل فيها على المدعى وهو التصدق بربح ما شرى بنقد غصب الذي هو المدعى ، وأعلم أن المصنف أستدل للمؤيد بحديث «من وجد عين ماله فهو أحق به» ولأن كل فعل لو فعله المالك في ملكه لم يزل ملكه فأذا فعل الغاصب وجب أن لا يزول ملكه كما اذا غصب شاة وذبحها ولم يشو ولم يطبخ ويظهر من كلامه ترجيح مذهب المؤيد .

(١) **قوله** : في أنه يطيب له الربح اتفاقاً ، أقول : هذا الاتفاق عن شرح الأبانة وتعقبه المصنف بقوله قلت وفي دعوى الأجماع نظر لأنه حكى في شرح الأفادة عن يحيى وأبي حنيفة ومحمد أنه يتصدق بالربح وان لم يتعين .

(٢) **قوله** : كما هو رأي المؤيد ، أقول : في الغيث أعلم أنه اذا شراه بعين فالمسألة على وجوه ثلاثة ، الأول ان يشتري بعين النقد المغصوب أو بثمن المغصوب فالبيع صحيح عند الهادي لأن الدراهم لا تتعين ، لكن يجب عليه التصدق بربحه لان ذلك يخرجه عن كونه ملكه من وجه مغصوب ، وقال المؤيد يطيب له الوجه الثاني ان يعقد بمغصوب ويدفع حلالا فعند المؤيد البيع فاسد لأن العقد لا يتعين عنده لكنه يتصدق بالربح وعند الهادي البيع صحيح ، وأما التصدق فينظر فيه ، الثالث أن يشتري بحلال ثم يدفع مغصوباً فالبيع صحيح اتفاقاً ولا يجب أن يتصدق بربحه على حكاية تعليق الأفادة أنه اجماع خلافاً لما حكى عن شرح الأبانة .

غصبية ما أشترى به لما ملك المبيع به وقد وقع الاتفاق على ملكه وبهذا يعلم أنه يلزم [١] المؤيد أن يقول بملك ما أشترى بالقيمى المغصوب وطيب ربحه لمشاركة النقدين له في التعيين عنده مع عدم منع تعيين النقدين من ملك ما أشترى بهما عنده ولا من حل ربحه ولأن المبيع المأخوذ به من جملة خراجاته فيلزمه القول بملكه على ظاهر احتجاجه بأن الخراج بالضمان وأن الخراج المضمون انما هو أجرة المثل مع أن المصنف ادعى أن الشراء بالقيمى المغصوب باطل بالاجماع ﴿ و ﴾ الغاصب يملك أيضاً ﴿ **ما استهلكه** ﴾ من الأعيان المغصوبة ﴿ **بخلطه** ﴾ بغير مثله لأن قسمة المثلى افراز كما علمت ﴿ **أو** ﴾ استهلكه بغير الخلط بأن فعل فيه فعلاً يكون سبب ﴿ **إزالة اسمه و** ﴾ إزالة ﴿ **معظم منافعه** ﴾ أي أكثرها كما لو بذر بالحب فأنه يذهب منفعة بيعه واقتياته والبذر به في مكان آخر ونحو ذلك ولا يبقى للمالك فيه دعوى بحيث لو أراد أخذه جاز [٢] للغاصب مدافعته عنه ولو بالقتل والالم يوجب ذلك الا الخيار كما تقدم فيما غير الى غرض ، وقال الناصر والمؤيد والأمام يحيى والشافعي التغيير ان سواء في أن أحدهما لا يوجب للغاصب ملكاً البتة ، لنا حديث شاة الأسارى يدل [٣] على خروجها بالاستهلاك عن

---

(١) **قوله** : يلزم المؤيد أن يقول بملك ما أشترى بقيمى ، أقول : في الغيث أما اذا كان المغصوب عرضاً كان الشراء باطلاً بالأجماع ولم يملكه الغاصب ويلزمه استرجاع المغصوب . **قوله** اذ لا دخل ، أقول : أما الفقهاء فأنما يعللون للمؤيد بأنه يقول النقدان لا يتعينان وقد رجع اليه الشارح . **قوله** ففي تصيير المبيع مغصوباً ، أقول : لم يقولوا ان المبيع صار مغصوباً بل قالوا صار مملوكاً لمن شراه كما سيقول الشارح وقد وقع الاتفاق على ملكه والمملوك غير مغصوب ، وإنما قالت الهدوية ملك من وجه محظور لأنه متولد عن النقد المغصوب فلم يقل أحد بأن المبيع صار مغصوباً ، والا لأوجبوا التصدق بنفس المبيع أو رده لمالكه فهذه زلة قلم من الشارح ذيلها بمثلها حيث قال وكيف يصير مغصوباً .

(٢) **قوله** : جاز للغاصب مدافعته عنه ولو بالقتل ، أقول : هذا لفظ البحر ، وما أحسن ما قال عليه المنار ولا يخص أبو حنيفة بهذا التفريع بل هو لازم لمن يشاركه في المسبلة ولقد أغربوا بهذا الحكم وجاءوا بشيء ادًا اذ منعوا المالك ومنعوا المستهلك حتى رضي المالك فلو أمتنع لامتنع المال أي عن الانتفاع به ولو حكم بالملك بالاستهلاك قال في الكواكب يحتمل أنه لا يكفي في حل الانتفاع به على ما هو ظاهر اطلاقاتهم من توقف الحل على المراضاة ، ويحتمل أنه يكفي ، وقال القاضي زيد لا يقف على المراضاة ا. هـ.

(٣) **قوله** : يدل على خروجها بالاستهلاك عن ملك مالكها ، أقول : غاية ما دل عليه أن سلم وجوب تصدق الأمام لخشية الفساد ولا يدل انه ملكها الغاصب وهو محل النزاع ولم لا يقال أنه تصدق بها على نية مالكها لخشية الفساد وأي وجه صيرها ملكاً للغاصب وأين الدليل عليه وخبر الشاة لا متمسك به =

ملك مالكها والا لما ساغ التصدق بها قالوا تقدم ما فيه فلا يكون حجة لمخالفته الأصول وقياسها وأيضاً خبر الشاة من التغيير الى غرض ولم يوجبوا [١] به ملك الغاصب **قلت الحق أن** [٢] **تجويز** رضى المالك بالقرض وجه لكنه لما كان ذريعة للتتابع في تناول حق الغير مع جواز ان لم يرض لم يأكل منه صلى الله عليه وآله وسلم قطعاً للوسيلة وسداً للذريعة ، وقد عرفناك غير مرة ان سد الذرائع هو معنى اجتناب الشبه ووجوبه من خواص النبي صلى الله عليه وآله وسلم لمكان التشريع وان كان مندوباً لغيره عند الجماهير الا عن بعض المالكية وبذلك يذهب [٣]

= لهم في ذلك ولم نر لهم دليلاً سواه ، وحديث الزرع للزارع لا أصل له وكيف يخرج عن الأمر القطعي الذي عرف من ضرورة الدين أنه «لا يحل مال امرء مسلم الا بطيبة من نفسه» وان دماءكم واموالكم الذي خطب به في حجة الوداع وغير ذلك ؟ فالحق مع المؤيد ومن وافقه وقد وافقه مؤلف الأثمار ويظهر من كلام المصنف في الغيث أنه يختاره فأنه أورد الأشكالين في خبر الشاة ، ثم قال ووجه قول المؤيد قوله صلى الله عليه وآله وسلم «من وجد عين ماله فهو أحق به» ولأن كل فعل لو فعله المالك في ملكه لم يزل ملكه فأذا فعله الغاصب وجب ان لا يزول ملكه كما اذا أخذ شاة وذبحها ولم يشو ولم يطبخ وكالفضة وضرب الدراهم والدنانير واصاغة الحلية ولا أجمعنا على أنه مثل أداء القيمة لا يجوز تصرف الغاصب فيه فدل على ان ملك صاحبه لم ينقطع .

(١) **قوله** : ولا أوجبوا به ملك الغاصب أقول : بل أوجبوه وانما توقف طيبة له على المراضاة ، كيف وقد قالوا له يدافع صاحبه ولو بالقتل ؟

(٢) **قوله** : أن تجويز رضى المالك وجه ، أقول : أي في الخروج عن الغصبية ، وقوله لكنه لما كان وسيلة رجوع الى ما أسلفناه عن شرح البحر ، فعدم أكله صلى الله عليه وآله وسلم سداً لذريعة أكل مال الغير بهذه الوسيلة واعطاؤه الأسارى إعلام بأنها لا تحرم وبأنها تصان الأموال عن الأضاعة .

(٣) **قوله** : يذهب الأشكال الخ ، أقول : لأنه ذبح من أهله في محله والتصدق عن الغاصب اذ قد صار مالكاً وعدم أكله صلى الله عليه وآله وسلم سداً للذريعة الا أنه لا يخفى أنه اذا قد كان هذا وجهاً مملكاً فكيف سده صلى الله عليه وآله وسلم ؟ واذا كان قد ملكه الذابح فكيف يتصرف فيه من غير أمره ورأيه ؟ ثم هذه الدعوى أوسع من القول بأن الاستهلاك مملك وأن مجرد نية العوض مملكة والتدريج بهذا أشد فساداً ، وهذا ينافي ما ثبت ضرورة من أنه لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيبة من نفسه فالأقرب في زوال الأشكال أنها باقية على ملك صاحبها وأن تذكية الغاصب غير محرمة للمذكى فأنه لا يشترط في الذابح الا الأسلام كما يأتي وأن التصدق بها لخشية الفساد ، وأما الحلب من الماشية بشرطه[١] والأكل من حائط الغير فهذا شيء أباحه الشارع فتخص به حرمة مال الغير ولا نقيس عليه، وقوله ويشهد لذلك أي لكون تجويز الرضى من المالك بالقرض وجه وانما قال يشهد =

(١) يعني التصويت ثلاثاً ـ تمت.

الأشكال في البعث به الى الأساري ويشهد لذلك حديث «اذا أتى أحدكم على ماشية فليصوت ثلاثاً فأن أجابه أحد فليستأذنه فأن لم يجبه أحد فليحتلب وليشرب ولا يحتمل» عند أبي داود والترمذي ، وتقدم حديث ابن عمر عند الترمذي من دخل حائطا فليأكل ولا يتخذ خبنه ـ قال في القاموس حين خبنا الثوب عطفه وأخاطه ـ وحديث رافع بن عمر مثله في قصة وحديث عباد بن شرحبيل عند أبي داود والنسائي في قصة أيضاً وكل ذلك ظاهر في أن للتسامح للحاجة اصلاً في الترخيص بغير نية القضاء فضلاً عن التسامح مع نيته ﴿ و ﴾ نحن وإن قلنا بأنه يملك ما استهلكه بالخلط ونحوه فالانتفاع به قبل مراضاة مالكه محرم عليه ، وانما ﴿ **يطيب له** ﴾ وينفذ تصرفه فيه ﴿ **بعد المراضاة** ﴾ للمالك لا قبلها الا أن [١] هذا القول هرولة بين النفي والأثبات لأن المراضاة ان كانت شرطاً في الملك فهذا بعينه هو مذهب المؤ يد ومن تبعه وان لم يكن شرطاً فلا وجه للحكم بعدم نفوذ التصرف وقد التزم بعض أهل المذهب نفوذ تصرف الغاصب قبل المراضاة فيما زالت فيه العين بالكلية وهذا [٢] أشبه بالقواعد لان ما لم تزل فيه العين بالكلية يثبت للمالك فيه التخيير بينها وبين قيمتها كما تقدم فيما غير الى غرض ﴿ و ﴾ حينئذ لا وجه لأيجاب أن ﴿ **يتصدق** [٣] **بما خشي**

= لأن هذا غير ذلك اذ هو بعد التصويت وطلب اذن المالك فأن لم يجده جاز له قدر ما شربه لا غيره ولا يخفى أن المشهود له أعم من ذلك اذ لا يباح له هنا أكلاً وشرباً الا قدر حاجته ثم الكل من غير نية القرض ولا القضاء فالشاهد والمشهود له متباينان بل قوله ولا يحمل ولا يتخذ خبنه قال في القاموس حين خبنا الثوب عطفه وأخاطه يخرج هذه الشهادة اذ لو كان له أخذ ذلك لقال الا بنية القضاء ولجاز الحمل ، وانما هذان الحديثان وأشباههما من باب سد الرمق كحق الضيافة ونحوه ودليله أنه انما أبيح له قدر ما يأكله ويشربه وأن ذلك للمحتاج للأكل والشرب لا لمطلق الحاجة كأخذه ليضيف به الوافد ويكرم به القادم كقصة الشاة .

(١) **قوله** : ـ إن هذا القول هرولة ، أقول : هو كما قال وتقدم تحقيقه عن المنار ، وهذا من أقوى الأدلة ان الاستهلاك لا يملك اذ فساد الفرع دليل فساد أصله . ولله جزيل الحمد وله المنة .

(٢) **قوله** : ـ وهذا أشبه بالقواعد ، أقول : لم يعتبر أهل المذهب الا زوال الاسم ومعظم المنافع الذي قاله المنار كأن المصنف وجدها أي هذه الجملة في سورة البقرة حيث جعلها دليلاً فقول الشارح ما لم تزل فيه العين بالكلية ليس من القواعد بل القاعدة ما سمعت فكلام هذا البعض ليس قولاً لأهل مذهبه ولا على قواعدهم .

(٣) **قال** : ويتصدق ، أقول : هذا واجب عندهم واذا قد وجب عليه هذا ووجب عليه العوض للمالك فالقياس أن أجر الصدقة له لأن الوجوب عليه والنية منه والعوض لازم له ، نعم قد نفى نية حق المراضاة للأول فهل يمنع ثواب الصدقة عنده ينظر .

فساده قبلها ﴾ أي قبل المراضاة لما قدمنا في الكلام على خبر الشاة ﴿ **و** ﴾ أما اذا باعها الغاصب فانه ﴿ **يملك مشتر يها الجاهل** ﴾ لكونها مغصوبة ﴿ **غلتها** ﴾ في مقابلة ضمانة للرقبة عند أبي طالب وللمنفعة عند المؤ يد ، أما على أصل المؤ يد فقد [١] تقدم ما عليه وأما على أصل أبي طالب فمن عوده [٢] على بدئه لأنه منع عموم الخراج بالضمان وقصره على خراج المبيع والا فلا وجه للحكم باستحقاق الغاصب الثاني للغلة في مقابلة الضمان دون [٣] استحقاق الأول لها و إنما يستقيم على ما قدمنا لك في أول الباب من أن الغصب لا يثبت مع الجهل كما هو رأي أبي مضر وهو الحق لأن المبيع في يد جاهل غصبه مقبوض بحكم الشرع وهو العقد ولا تكليف عليه بما لم يعلم ﴿ **و** ﴾ أما انه ﴿ **يتصدق بما تعدى قيمة الرقبة** ﴾ عند أبي طالب أو بما تعدى أجرة المثل عند المؤ يد فقد عرفناك أن لا وجه له بعد تعميم الخراج بالضمان و إلا لم يبق لخطاب [٤] الشارع لهذا الحديث فائدة رأساً وهو في تمليك الخراج بحيث لا ينتهض حديث

---

(١) **قوله** : فقد تقدم ما عليه ، أقول : الذي تقدم الزامه بأنه ملك ما شرى بالقيمى ويطيب له ربحه وذلك اذا جعل القيمى ثمناً وهذا اذا شرى زيد من عمرو الغاصب عيناً مغصوبة جاهلاً فأنه أي زيد يملك عينها وهذا غير تلك .

(٢) **قوله** : فمن عوده على بدئه ، أقول : بمعنى قولهم من عوده على بدئه أي لم يقطع ذهابه حتى وصله برجوعه كما في القاموس هذا وفي الغيث أن السيدين اتفقا أن الغلة للمشترى اذا كان جاهلاً وأن عليه كرى المثل لكن اختلفا في مقابلة ما يستحق الغلة فقال أبو طالب في مقابلة ضمان الرقبة ، وقال المؤ يد في مقابلة ضمان المثل وحجتهما معاً قوله صلى الله عليه وآله وسلم «الخراج بالضمان» ، قال المؤ يد يعني ضمان كرى المثل ، وقال أبو طالب يعني ضمان الرقبة وأعلم أن المؤ يد يطرد هذا الخبر وهو الخراج بالضمان فيقول لأن الغاصب المحض ملك الغلة كما تقدم وأبو طالب لا يطرد ذلك بل يقول الخراج بالضمان اذا كان في ملك كالمعيب وشبهه ملك المشترى من الغاصب الجاهل . وبه تعرف أن أبا طالب ألحق هذا بالعيب فليس من عوده على بدئه .

(٣) **قوله** : دون استحقاق الأول لها ، أقول : لعله يقال وجه استحقاق الآخر أن قرار الضمان عليه .

(٤) **قوله** : لم يبق لخطاب الشارع بهذا فائدة رأساً ، أقول : قد ذكر هذا المصنف وأجاب عنه قال فأن قلت قد ذكر أصحابنا والشافعي أن الأجرة لازمة لأن المنافع كالأعيان في الضمان فأذا كانت العين مضمونة على المشترى في الغصب كانت المنفعة كذلك وفائدة الخبر ما تقدم من أن ذلك انما هو في المعيب المشترى والفاسد اذا فسخ والمملوك بشبهة . وتقدم عن المنار بيانه لا أن هذا استعجال من الشارح بالاعتراض قبل محله ومحله قوله وعليه الأجرة وهنالك أورد الغيث السؤ ال وجوابه المذكورين

الشاة لمعارضته لما عرفناك من الأشكالات الواردة على خبر الشاة فيجب أن تكون قضية عين موقوفة على محلها وقد ألزم صاحب الأثمار عدم وجوب التصدق بما زاد ﴿ و ﴾ كذا لا يبقى وجه للقول بأن ﴿ **عليه الأجرة** ﴾ للعين المغصوبة وهي أجرة المثل لأنها هي الخراج الذي حكم الشارع إن صح تعميم الخبر بأنه للغاصب فما معنى أنه عليه وهو له .

﴿ فصل ﴾

﴿ و ﴾ أما قوله ان ﴿ **للمالك قلع الزرع وأجرته** ﴾ أي أجرة القلع إن لم يقلع الغاصب فقد تقدم الكلام فيه فلا نكرره وإنما اختلف التعبير هنا بأنه للمالك وهناك بأنه على الغاصب ثم قوله ﴿ **ولو** ﴾ قلعه ﴿ **مستقلاً** ﴾ بنفسه من دون أمر حاكم بناء على عدم الاعتداد بخلاف القاسم ومالك والامام يحيى كما تقدم وإلا فالمختلف فيه يجب التوقف فيه على حكم الحاكم ﴿ و ﴾ القلع وإن ثبت له مستقلاً فانه ﴿ **لا** ﴾ يثبت له ان ﴿ **يفسد** ﴾ زرع الغاصب ﴿ **إن تمكن** ﴾ من القلع ﴿ **بدونه و** ﴾ المالك ايضاً له ﴿ **الرجوع بالعين والأجرة على كل ممن قبض** ﴾ العين وإن كان جاهلاً لكونها مغصوبة ﴿ **و** ﴾ لكن الجاهل ﴿ **المغرور يغرم الغار** ﴾ له باقباضه إياها ما سلمه للمالك ﴿ **ولو** ﴾ كان الغارم ايضاً ﴿ **جاهلاً** ﴾ كالمغرور خلافاً للمؤيد وأبي حنيفة مطلقاً ولأبي طالب في الواهب لها جاهلاً غصبها لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل ، قلنا خطاب الوضع لا يشترط فيه العلم ولا القصد والألم يضمن من دمي صيداً فأصاب زيداً ومع أن المغرور يغرم الغار ما سلمه للمالك فهو يغرمه ايضاً ﴿ **كلما غرم فيها** ﴾ من نفقة ﴿ **او بناء عليها الا ما** ﴾ كان المغرور قد ﴿ **اعتاض منه** ﴾ لشيء من منافع العين فليس له ان يغرمه الغار لاستيفائه عوضه من منفعة

= آنفاً ، وأما التصدق بزائد قيمة العين المضمونة فلا ينافي الحديث ولا تبطل فائدته اذ لك أن تقول للضامن الخراج قدر ما يضمنه من قيمة الرقبة فالزائد عليه لا وجه لتملكه لأن الشارع انما جعل الخراج له لئلا يكون مظلوماً بالزامه ضمان الرقبة ، وأما أنه يستفيد زيادة على ما يلزمه فأي منافاة لوجوب التصدق به للحديث وأي تقليل فائدة نعم اذا نظر الى عموم لفظ الخراج من دون ملاحظة للمعنى قيل هذا التصدق بالزائد تخصيص لعموم الحديث فما دليله لا أنه يقال لم يبق له فائدة رأساً بل المناسب للمعنى ان يكون له من الخراج مقدار ما يضمن وكان الأولى أن الزائد لمالك العين لأنه يتصدق به .

فصل وللمالك قلع الزرع .

العين ﴿ و ﴾ إذا تعدد الغاصبون فللمالك تضمين أيهم شاء ومن ضمنه المالك رجع على من قبله إن كان غاراً له وإلا فعلى من بعده ، وقالت الحنفية لا رجوع له مطلقاً لتعديه وإذا رجع غير المغرور على من بعده انتهى ﴿ **القرار** ﴾ للضمان ﴿ **على الآخر** ﴾ يعني من تلفت عنده ، وأما قوله إنه لا يقر عليه الضمان إلا ﴿ **إن علم** ﴾ الغصب فهذا هدم لما قدم من أن الغصب يثبت على الجاهل ورجوع[١] الى قول ابي مضر ان الغصب لا يثبت مع عدم النية له وإن علم انه ملك الغير فضلاً عما لو جهل انه ملك الغير فانه أحرى بان لا يضمن لأن انتفاء العلم بكون ملك الغير يستلزم انتفاء الغصبية ولا عكس وربما يعتذر بأن من لم يعلم مغرور يرجع على من غره فلا يكون قرار الضمان عليه لكن هذا العذر لا يتم في جاهل[٢] غير مغرور فان غير العالم أعم من المغرور ، ولو سلم فالقرار مع الغرر على الأول لا على الآخر فلا ينبغي إطلاق تضمين الآخر وأراد بقوله ﴿ **مطلقاً** ﴾ سواء تلفت بغير جناية ﴿ **أو جنى** ﴾ عليها وإن كان جاهلاً للغصب وقد افهم حاصل كلامه انها لو تلفت عنده بغير جناية جاهلاً كونها غصباً لم يضمن ، وهذا هو الهدم لما قدم ، وأما قوله ﴿ **غالباً** ﴾ فقد احترز به عما لو أمر الغاصب الخياط بتقطيع الثوب فإن القرار لا يكون على الآخر وهو الخياط لانه مغرور وهذا[٣]

(١) **قوله** : رجوع الى قول أبي مضر ، أقول : ابو مضر يشترط النية وهي أخص من العلم وليس القول بالأعم قولاً بالأخص ، فان من يقول عندي حيوان ما يقال إنه اخبر بأن عنده إنسان .

(٢) **قوله** : في جاهل غير مغرور ، أقول : كونه جاهلاً لما في يد الغاصب وسكوت الغاصب غرر له وكأنه لهذا سلم بقوله وإن سلم ولا يخفى أن مع الجهل القرار على العلم بالغصبية أوّلاً كان أو ثانياً مثلاً فكيف يقول فلا ينبغي إطلاق تضمين الآخر إذ يقال ومن أطلقه وهل الكلام إلا في تقييده بقوله إن علم .

(٣) **قوله** : وهذا وهم ، أقول : الخياط آخرهم قبضاً وقد جنى ولا قرار عليه فلا بد من الاحتراز عنه وقوله لأن الآخر هو الأول قبضاً في الغيث تفسير الآخر بالآخر قبضاً وفسر كون قرار الضمان عليه أنه إذ طالبه المالك غرم ولا يرجع على احد بما غرم وإذا طالب المالك غيره رجع عليه ذلك الغير بما دفع اهـ . وهذا يفسد ما قاله الشارح من أن الآخر هو الأول ، وإذا كان القرار عليه بشرط علمه او جنايته فههنا في صورة غالباً الجاني غير الغاصب الأول وجنايته لا تقتضي القرار عليه إذ الذي تقتضي القرار عليه جناية الغاصب الأول لا ما قرره فهو وهم كما ذكره الشارح والعجب أنه تابعه عليه الأثمار وغيره وكأنهم نظروا الى لفظ جنى وأن الخياط جانٍ ولا قرار عليه فاحترزوا ولم ينتبهوا أن فاعل الأول هو المعبر عنه بالآخر لا مطلق الجاني وهذا من دقائق الشارح ونفائس ما يأتي به . **قوله** : لأن الغاصبين لو كانوا ثلاثة الخ ، أقول : له ان يقول كل واحد من الثلاثة غاصب عليه القرار غير داخل في قولنا غيره بل داخل فيما قبله والسياق يشعر بذلك . والحمد لله .

وهم منشؤه عدم الاستيقاظ لأن الآخر في التضمين هو الأول في قبض العين ﴿ و ﴾ إذا أبرأ المالك من كان قرار الضمان عليه فالبقية ﴿ يبرأون ببرائه ﴾ إذ لو لم يبرأوا لكان لهم الرجوع عليه واللازم باطل ، ورد بمنع بطلان اللازم لأنه مصادرة فالحق انه لا يبرأ إلا بابراء الجميع لينقطع عنه استحقاقهم عليه المطالبة بما يبرأون به وإلا كان دوراً لأنه لا يبرأ إلا اذا برئوا والفرض انهم لم يبرأوا إلا ببرائه ﴿ لا ﴾ إذا أبرأ المالك ﴿غيره﴾ أي غير من عليه قرار الضمان فان من عله قرار الضمان لا يبرأ خلافاً للمؤيد في قول ولكن ينبغي التفصيل وهو أن يقال إن كان من عليه القرار مغروراً فهي كالأولى لا يبرأ غير من عليه القرار حتى يبرأ من عليه القرار وإلا لكان له الرجوع على الغار ولزم الدور ، وعلى ذلك يحمل قول المؤيد وإن لم يكن من عليه القرار مغروراً لم يبرأ إذ لا رجوع له على أحد ، وعلى ذلك يحمل قول الهدوية ، وأما على ما قدمناه من أن المالك لا يستحق ضماناً على غير الأول ، وإنما يستحقه على الأول ، والأول على من بعده فقط فبراء كل إنما ينفذ فيما يستحقه لا فيما يستحقه غيره ﴿ و ﴾ المالك ﴿ إذا صالح غيره﴾ أي غير من عليه القرار فلا تخلو مصالحة ﴿ المالك ﴾ إما ان تكون بمعنى الابراء أو بمعنى البيع ﴿ فبمعنى الابراء ﴾ وهو حيث تكون العين قد تلفت لأنه لم يبق في ذمة الغاصب الا دين لا عين ثبت للذي سلم مال الصلح ان ﴿ يرجع ﴾ على من له عليه الرجوع على حسبما تقدم ﴿ بقدر ما دفع ﴾ صلحاً ﴿ ويبرأ ﴾ وحده ﴿ من الباقي ﴾ من القيمة ﴿ لا هم ﴾ للعلة التي صورناها لك ﴿ و ﴾ إذا كانت المصالحة ﴿ بمعنى البيع ﴾ فإن كان من سلم مال الصلح ﴿ يملك ﴾ العين الباقية ﴿ فيرجع بالعين ﴾ على من هي عنده بناء على صحة بيع المغصوب وقد تقدم في البيع ، هذا ﴿ إن بقيت ﴾ وأمكن قبضها ﴿ وإلا ﴾ تكن باقية او تعذر قبضها ممن هي عنده ﴿ فالبدل ﴾ هو الذي يرجع به مثلياً إن كانت مثلية او قيمياً إن كانت قيمية لكن في الرجوع بالبدل نظر لأن شراءه لها مع العلم بأنها مغصوبة شراء لها مع العلم بالعيب فكأنه أبرأ من عليه القرار مما دفعه .

﴿ فصل ﴾

﴿و﴾ الذي يلزم من الضمان ﴿في تآلف المثلى﴾ وهو[1] ما يتسامح بالتفاوت فيه

فصل وفي تآلف المثلى مثله .

(١) قوله : ـ وهو ما يتسامح بالتفاوت فيه ، أقول : في الغيث فسره بما تساوت أجزاؤه وله مثل في الصورة

﴿ **مثله إن وجد في ناحيته** ﴾ أي ناحية الموضع الذي وقع فيه الغصب وهي[١] البلد ﴿ **و إلا** ﴾ يوجد المثل فيها ﴿ **فقيمته** ﴾ هي اللازمة للغاصب وتعتبر قيمته ﴿ **يوم الطلب** ﴾ وقال الناصر والشافعي أوفر القيم من الغصب الى التعذر ، وقال زفر ومحمد قيمته يوم عدم ، وقال ابو يوسف يوم الغصب ، لنا ان الواجب هو المثل و إنما تعينت القيمة بالطلب فيجب قيمته وقت الطلب ، قالوا زيادة القيمة فائدة مضمونة كالكرى وهو مطالب بالعين وفوائدها في كل وقت و إن لم يتجدد طلب ﴿ **و** ﴾ المثل أيضاً إنما يجب إذا ﴿ **صح للغاصب تملكه و إلا** ﴾ يصح له تملكه كما لو غصب المسلم خمراً على ذمى ﴿ **فقيمته** ﴾ هي الواجبة[٢] على المسلم لا مثله ﴿ **يوم الغصب** ﴾ لأنه و إن كان مثلياً فلم يتعلق الضمان بمثله و إنما يتعلق الضمان بقيمته لكن القياس ان يكون المضمون هو القيمة يوم التلف لا يوم الغصب لأن وجوب رد العين قبل تلفها هو الواجب ، وإنما ينتقل الضمان إلى القيمة عند تلف العين هذا ايضاً إن غصبه من موضع ليسوا بممنوعين من سكناه اماما[٣]امر الشرع باخراجهم منه فلا وهو إما جزيرة العرب ما

= وقل التفاوت فيه فأن كثر التفاوت في المثلى صار قيمياً ومثله في البحر قال عليه المنار دل هذا انهم يقيدون أحكام المثلى بتفاوت أجزاء النوع ولا يسوون بين أعلاه وأدناه فعرف انهم لم يستندوا في ذلك الى امر شرعي إذْ لم يفرق الشارع في باب الربويات بين أعلى النوع وأدناه ونحن قد خالفناهم في الفرق بين ما سموه مثلياً وما سموه قيمياً ، وقلنا في القسمة والغرامة الجنس أقرب الى الجنس من المعادلة بالنقود المخصوصة باصطلاحهم باسم القيمة ولا تضرنا فالحاجة الى النظر فيها في تعديل المتقابلين في بعض الصور أو أكثرها وهو كلام سالم عن الاضطراب من جهة أساسه ومن جهة فروعه والحمد لله وحده. انتهى.

(١) **قوله**: وهي البلد ، أقول : على اختلاف بين المذاكرين في تقديرها بالميل او بما يجمعها البريد.

(٢) **قوله** : هي الواجبة على المسلم ، أقول : لم يذكر الخلاف وقد خالف الناصر والشافعي فقالا لا يضمن المسلم إذا غصب خمراً او خنزيراً على ذمى مطلقاً واستدل لهما في البحر بأنه كآلات الملاهي وأجاب المصنف بقوله قلنا صولحوا على الخمر قال عليه المنار لا نسلم لهم هذا بل صولحوا على أنا ندعهم وشأنهم و إذا حكمنا بينهم أن نحكم بما أنزل الله ولا نتبع أهواءهم ومثله قوله رد عين خمر الذمى بل نقول لا يجوز ويجب إراقتها بلا تراخ وهل يجتمع وجوب الإراقة ووجوب الرد اهـ، قلت كلام المنار هو الأصح ويأتي بسطه.

(٣) **قوله** : أما ما أمر الشارع بإخراجهم منه ، أقول : وأما بأن يختطه المسلمون كما في الغيث فانه قسم المختص بالمسلمين الى الأمرين الجزيرة وما ذكره. ولله جزيل الحمد وله المنّة.

أحاط به بحر الهند والشام ثم دجلة والفرات وما بين عدن أبين الى اطراف الشام طولاً ومن جدة الى ريف العراق عرضاً واما الحجاز على ما اختاره الأمير الحسين والمصنف وهو ما بين الحرار الخمس حرة بني سليم وحرة واقم وحرة ليلى وحرة شوران وحرة البار تخصيصاً منهم لما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عباس وغيره من حديث أبي هريرة وعائشة بلفظ آخر ما تكلم به النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم « اخرجوا اليهود والنصارى من جزيرة العرب » وفي لفظ، «لا يترك بجزيرة العرب دينان» وفي لفظ، «لا يبق دينان بأرض العرب» وفي لفظ لا « يجتمع دينان في جزيرة العرب » قال اصحابنا يحمل على حديث أبي عبيدة بن الجراح عند أحمد والبيهقي والحميدي ومسدد « اخرجوا اليهود من الحجاز واهل نجران من جزيرة العرب » قال المصنف نقلاً عن الشفاء إنما قلنا بجواز تقريرهم في غير الحجاز لأن النبي صلىّ الله عليه وآله وسلّم لما قال أخرجوهم من جزيرة العرب ثم قال أخرجوهم من الحجاز عرفنا ان مقصوده بجزيرة العرب الحجاز فقط ، ولا مخصص للحجاز عن سائر البلاد إلا برعاية ان المصلحة في إخراجهم منه أقوى فوجب مراعاة المصلحة إذا كانت في تقريرهم أقوى منها في إخراجهم هذا اقوى ما يحتج به أصحابنا في جواز تقريرهم في بلاد العرب انتهى كلامه . وهو ساقط من عشرة[1] وجوه بيّناها في رسالة مفردة وقعت جواباً لسؤال عما جرى بين المسلمين

(١) **قوله** : من عشرة وجوه بيّناها ، أقول : لفظه في الرسالة ولا يخفى أن هذا اجتهاد ساقط من وجوه ، الأول أن حمل جزيرة العرب على الحجاز وإن صح مجازاً من إطلاق اسم الكل على البعض فهو معارض بالقلب بان يقال المراد بالحجاز جزيرة العرب إما لانحجازها بالبحار كانحجازها بالحرار الخمس ، وإما مجازاً من اطلاق اسم الجزء على الكل فترجيح احد المجازين مفتقر الى دليل ولا دليل إلا ما ادعاه من فهم أحد المجازين ، الثاني ان في خبر جزيرة العرب زيادة لم تغيّر حكم الخبر فالزيادة كذلك مقبولة الى ان قال الرابع استنباط كون علة التقرير في غير الحجاز هي المصلحة فرع ثبوت الحكم أعني التقرير لما علم من ان المستنبطة إنما توجد في حكم الأصل بعد ثبوته وقد عرفت عدم دلالة الدليل إلا على نفي التقرير لا ثبوته الخامس أنه استنباط في مقابلة النص لنص الشارع بتنبيه النص على ان العلة كراهة اجتماع دينين فلو لم ينص إلا على الحجاز ايضاً جاز ايضاً إلحاق غيره من جزيرة العرب وغيرها لهذه العلة المنصوصة فكيف تهدر المنصوصة بالخيالية ، السادس ان التعليل بالمصالح مما اجتمع أئمة القياس على بطلانه لاشتراطهم في العلة كونها منضبطة وتصريحهم بأن الحكم والمصالح غير منضبطة ، السابع ان حديث أبي عبيدة عند من أخرجه بلفظ « اخرجوا يهود أهل الحجاز وأهل نجران » ولا يتمشى فيه ذلك الاجتهاد عند من له أيسر فهم ، قلت يريد ان المصنف قال لفظ حديث أبي عبيدة « أخرجوا اليهود من الحجاز » فحمل عليه حديث جزيرة العرب وليس لفظه كذلك بل لفظه مصرح بأهل الحجاز وأهل نجران فلا يتم ايضاً قول المصنف تبعاً لصاحب الشفاء أن المراد =

والبانيان في صنعا من الخصام وعسى أن يأتي شيء منها في السير بعون الله ﴿ و ﴾ أيضاً إنما يضمن المثلي بمثله إذا استمر بقاؤه على وصف المثلية و ﴿ **لم يصر بعد** ﴾ معهما ﴿ **او مع احدهما** ﴾ اي الغاصب والمغصوب عليه ﴿ **قيمياً** ﴾ هذه عبارة مراد بها ما لم يختلف وصفه باختلاف زماني الغصب والتلف أو باختلاف مكانيهما فعبّر عن ذلك بحصول وصف القيمة له مع احد الشخصين لأنه مستلزم حصوله له أما في وقت الغصب ومكانه وهو فيهما مع المالك وأما في وقت التلف ومكانه وهو فيهما مع الغاصب إذ المراد بالمعية ثبوت اليد عليه لا المصاحبة الحسية وقد خفي هذا على كثيرين فخبطوا[١] في تفسيره.

نعم لا حاجة الى قوله لم يصر بعد وكان حق العبارة ما لم يكن مع أحدهما قيمياً لأن الكينونة[٢] تشمل الصيرورة وغيرها بخلاف الصيرورة ﴿ **و إلا اختار** ﴾ المالك إما المثل او

= بجزيرة العرب الحجاز فقط وإلا لزم أن لا يخرجوا من نجران وأنه خلاف النص ، الثامن أن غاية الأمر ان يكون الفريقان المذكوران هما السبب في حديث أبي عبيدة وقد تقرر ان العام لا يقصر على سببه عند أهل المذهب اهـ، قلت لفظ جزيرة العرب ليس من ألفاظ العموم بل من الأعلام لها أجزاء كأجزاء زيد والدار ومكة لا جزئيات كجزئيات العام ، ثم قال التاسع انه وإن ثبت لفظ « اخرجوا اليهود من الحجاز » فقد ثبت « أخرجوا يهود الحجاز » وذلك اضطراب في حديث ابي عبيدة يوجب سقوط الاحتجاج به رأساً ، العاشر لو سلم عدم اضطرابه فغايته معارضة مفهومه لمنطوق ما في الصحيحين وغيرهما والمفهوم لا يقابل المنطوق وغير ما في الصحيحين لا يقابل ما فيهما صحة ولا كثرةُ رُوَاةٍ وسلامةً من العلة وبالجملة وجوه ضعف هذا الاحتجاج أوضح وأكثر من أن يشتغل ببيانها انتهى كلام الشارح في رسالته وإنما نقلناه لأنه قد يشتاق اليه الواقف على كلامه وإلا فانه يأتي تحقيق المسألة آخر الكتاب ان شاء الله تعالى.

(١) **قوله** : وقد خبطوا ، أقول : بيانه ما في شرح الفتح حيث قال ولم يحتج الى قوله في الأزهار أو مع أحدهما قيمياً أذ لا فائدة له بل يوهم ما لا فائدة له لأنه انعطف على ما قبله فيكون تقديره ولم يصر ايضاً مع احدهما قيمياً أي المالك والغاصب وهو لا يصير إلا باعتبار الزمان والمكان ، فانه فسر مكانهما او زمانهما كما فسره في بعض شروح التذكرة بأن جعل عند بمعنى في فلا غبرة به وإنما يعتبر بمكان الغصب أو زمانه ومكان التلف وزمانه ، لا الشخصين فلو غصب المال في صنعاء وأتلفه في صعدة والمالك من الهند والغاصب من مصر لزم اعتبار الهند ومصر ولا قائل بذلك اهـ، ولا شك أن حمل الشارح للعبارة على ما ذكره توجيه ظاهر لا فساد فيه غايته أنه أصلح العبارة فصرفها عن ظاهرها فتأمل، وأما صاحب الأثمار فكالفتح حذفاً هذا اللفظ وأتيا بما يعمه.

(٢) **قوله** : لأن الكينونة تشمل الصيرورة ، الخ ، أقول : هذا يشعر بانه يحتاج الى قوله ما لم يصر =

القيمة كما في اللحم فانه قد يكون في موضع مثلياً لكونه موزوناً فيه وفي آخر قيمياً لا يوزن فيه إلا أن القياس رده إلى عادة موضع الغصب كما قيد الوجدان بفيها ولوجوب الرد اليه هذا حكم المثلي ﴿ و ﴾ أما إذا كان الغصب التآلف قيمياً فالواجب ﴿ في **القيمى قيمته** ﴾ وقال عمر وشرع والبصري والعنبري والطحاوي غلام بغلام وجارية بجارية ونحو ذلك لنا ما سيأتي[١] فيمن اعتق شقصاً له في عبد قوم عليه الباقي قالوا معارض بما تقدم من ضمانه صلىّ الله عليه وآله وسلّم للقصعة بمثلها وبثبوت[٢] القيمى في الذمة كما تقدم في القرض والمهر وبيع الأبل بالأبل نسية ، قلنا يكثر التفاوت فيه قالوا أو التقويم يختلف باختلاف المقومين ، وأما حديث العتق

= بعد ، وإنما الأولى أن يأتي بعبارة اخصر يشمل الأمرين وهو يناقض قوله لا حاجة الى قوله ما لم يصر بعد .

(١) **قوله** : لنا ما سيأتي ، أقول : هو دليل المصنف في البحر إلا انه أورد دليلهم وهو حديث عائشة ثم قال إنه معارض بقوله صلىّ الله عليه وآله وسلّم من « اعتق شِرْكاً له في عبد قوم عليه الباقي فأوجب القيمة » ، قال عليه المنار قد ذكرنا في عدة مواضع في هذا الكتاب وفي حاشية الكشاف عند تفسير قوله تعالى (فجزاء مثل ما قتل من النعم) أن الواجب الجنس وأنه يقدم على القيمة والجواب عما ذكره المصنف أن المعارضة انما تكون بين المسافتين ولو جاء حديث بوجوب الجنس وحديث يوجب القيمة لما تنافيا بل غاية ذلك التخيير على ان التقويم يشمل كل ما يقاوم التآلف قيمياً كان بحسب الاصطلاح او غيره ، وإنما تفسير الكلام النبوي باللغة لا بالاصطلاح الحادث بل يسمى مثلاً كما في الآية التي تلونا وفي حديث «إناء مثل إناء » أيضاً وهو صريح فيما أردنا وتأويل المصنف تعسف ، وكيف جواب السائل وَقَّيْنَاهُ بأمر خارج عن سؤاله . يريد بالكلام النبوي تفسير قوم بالقيمة الاصطلاحية ، وقوله وتأويل المصنف تعسف أراد تأويله لحديث عائشة انها كسرت على بعض أزواجه صلىّ الله عليه وآله وسلّم ، إناءً فيه طعام ثم سألته صلىّ الله عليه وآله وسلّم ما كفارة ذلك قال « إناء مثل الأناء وطعام مثل الطعام » فإنه تأوله بأنه محمول على معرفته صلىّ الله عليه وآله وسلّم الرضى بذلك أي رضى صاحب الأناء والطعام ولا شك أنه تعسف .

(٢) **قوله** : وبثبوت القيمى في الذمة ، أقول : أي ومعارض بثبوت القيمى في الذمة كما تقدم أنه صلىّ الله عليه وآله وسلّم استقرض بَكراً ثم قضاه رباعياً وتقدم في البيع والمهر مثل ذلك يعني وهذا الثبوت في الذمة من احكام المثليات عندكم وقد ثبت للقيميات في اصطلاحكم والشارح قد اختار ما اختاره المنار من ان الواجب المثل مطلقاً واجاب عن النقص بمثل جواب المنار من التعذر .

فلتعسر شراء شقص ، وإقباضه ثم المراد بقيمته قيمته ﴿ **يوم الغصب** ﴾ إلا أن[1] **هذا مخالف** لقول المصنف في البحر وإن كانت المسألة مطلقة انه مضمون بأوفر القيم من **القبض الى التلف** وعلل بأنه مطالب في كل وقت لا كضمان الجناية فان الجاني ليس بمطالب **إلا وقت التلف** وفي الأمرين نظر لأن المطالبة قبل التلف إنما يتعلق بالعين مجردة عن النظر في القيمة **وإلا لوجب** ضمان السعر مع البقاء وقد منع صاحب المذهب ضمان السِمَنَ الفايت الذي هو زيادة في العين فما ظنك بضمان القيمة التي معناها السعر ولهذا لا يضمن إلا قيمته يوم الغصب ﴿ **وإن تلف مع زيادة** ﴾ قد حصلت فيه بعد الغصب وهي ﴿ **غير مضمونة** ﴾ كما في الفوائد الأصلية التي هي أمانة كما تقدم ﴿ **و** ﴾ أما في ﴿ **المضمونة** ﴾ وهي غير الأصلية مطلقاً والأصلية التي نقلها لنفسه او جنى عليها او لم يرد مع الامكان فانه ﴿ **يخير بين قيمته يوم الغصب ومكانه و** ﴾ بين قيمته ﴿ **يوم التلف ومكانه ويتعين الأخير** ﴾ وهو ضمان قيمته يوم التلف ومكانه ﴿ **لغير الغاصب** ﴾ وهو من لم يحصل منه إلاَّ مجرد جناية على حق الغير بغير نقل يصير به غاصباً ﴿ **وإن قل** ﴾ ما قومت به في ذلك المكان كأن ينحر البعير في قفرة لا يوجد من يشتريه فيها إلا بثمن حقير ﴿ **وما لا يتقوم** ﴾ من الزيادات ﴿ **وحده فمع أصله** ﴾ يقوم بأن تعتبر قيمته وفيه الزيادة وقيمته ولا زيادة فيه فما بين القيمتين هو قيمة الزيادة ﴿ **و يجب رد عين ما لا قيمة له** ﴾ من القيميات إذا عرف عدم سماحة صاحبه به ﴿ **لا** ﴾ أنه يجب رد ﴿ **عوض** ﴾ في ﴿ **تآلفه** ﴾ إذ الفرض أن لا قيمة له ﴿ **إلا** ﴾ ان يكون ﴿ **مثلياً** ﴾ كالحب والزبيب فانه يجب رد مثله وإن لم يكن له قيمة اذا كان ﴿ **لا يتسامح به** ﴾ ايضاً وإن كان[2] يتسامح به كالشعيرة والسمسمة لم يجب رد مثله ﴿ **أو** ﴾ إلا ﴿ **إن** ﴾ غصب ما لا قيمة له حال الغصب فحصلت له بعد الغصب قيمة ثم ﴿ **تلف بعد تقويمه** ﴾ فانه يضمن القيمة

---

(١) **قوله** : إلا أن هذا مخالف لقول المصنف ، أقول : هذا الذي ذكره هنا هو المذهب وهو قول أبي حنيفة وتنظير الشارح يشعر بأنه يختار قيمته يوم التلف قال في المنار انه مذهب أحمد وأنه أعدل المذاهب لأن وقت التلف وقت تعذر العين فيضطر الى بدلها.

(٢) **قوله** : وإن كان يتسامح به مثل الشعيرة والسمسمة لم يجب رد مثله ، قال المنار وهذا من فروع إلزامهم القيمة فيلزم ان يأكل الرجل صاعاً براً أو زبيباً على واحدة واحدة ولا يضمن فيأكل كل عمره من أموال الحرام ولا يضمن وإن أثم كأكله من الخبز واللحم على لقمة لقمة بدون استيلاء على الجميع ا. هـ، قلت يأتي لهم أنه يضمن ما صار له قدر وإن أخذ على مقدار لا يلزم فيه ضمان إلا أنه سيأتي للمنار رد هذا ا. هـ.

المتجـددة ﴿ و ﴾ إذا اختلف الغاصـب والمالك كان ﴿ **القـول للغاصـب في** ﴾ قدر ﴿ **القيمة** ﴾ لأنه يدعى النقصان في الأغلب والأصل عدم الزيادة ﴿ و ﴾ كذا القول قوله في ان هذه ﴿ **العين** ﴾ هي العين التي غصبت وقال المالك بل غيرها لأن الأصل براءة الذمة عن غير ما اعترف به بخلاف ما تقدم في الاجارة من ان الأجير إذا عينّ العين المعمول فيها فانه يدعى استحقاق الأجرة على العمل فيها بخصوصها والأصل براءة المالك عن الأجرة في تلك العين ﴿ و ﴾ لو بين كل من المالك والغاصب كانت ﴿ **بينة المالك اولى** ﴾ لأن اليد للغاصب فكانت بينة المالك بينة على الخارج .

﴿ فصـل ﴾

﴿ **ويسقط عوض التالف حيث** ﴾ له قيمة لكنه مشترك و ﴿ **لا قيمة لحصص لو قسم** ﴾ بين الشركاء **قلت، أما لو كانوا مشتركين** في غـيره بحيث تنضـم الحصص كلهـا بالقيمة لواحد ضمن لتصريحهم بأنه لو تكرر من الغاصب غصب ما لا قيمة له مراراً حتى صار المجموع ذا قيمة ضمن على تفصيل[١] لا برهان لهم عليه ﴿ **وتصـير للمصالـح تركة** ﴾ لغاصب على متعددين بحيث لو قسمت بينهم ﴿ **صارت لنقصانها** ﴾ عن الوفاء بعـوض المغصوب التالف ﴿ **كذلك** ﴾ أي لا قيمة لنصيب كل واحد منهم وهذا[٢] بناء على أن الوارث

فصـل ويسقط عوض التالف الخ .

(١) **قوله** : ـ على تفصيل لا برهان لهم عليه ، أقول: ذكره المصنف في الغيث حيث قال وإن كان التالف قدراً لا يتسامح به فانه لا يجب رد بدله فان زادا تلف مِثلُهُ بعد ذلك حتى صار الأول والثاني لا يتسامح به ففيه قولان للمؤ يد أحدهما أنه لا يلزم الضمان ، والثاني أنه يلزم والأول أقيس وهذا أحوط ، وقال أبو مضر اذا كان المجلس واحداً يعني مجلس الاتلاف وجب الضمان قولاً واحداً للمؤ يد وإن كانـا مجلسين ففيه قولان، قيل والصحيح أنه لا فرق بين المجلسين اهـ وبه تعرف أن إلزام المنار يتم على أحد الأقوال إلا أنه قد اعترضهم في الفرق بالمجلس فقال بين كل القيمتين مثلاً استهلاك تام تكون الذمة منه خالية فما الذي شغلها بعد انتهى ، واعلم أن الشارح لم يذكر دليلهم على هذه الدعوى واستدل في البحر أنه صار لحقارته كغير المملوك ولا يخفى ضعف الدليل وأنه يلزم في غير التالف إذا كان العلـة الحقارة ولا يقولون لهذا وفي البحر عن الأمام يحيى أنه يقول لا يسقط ما لا قيمة لحصصه بل يقسم لقوله تعالى (من يعمل مثقال ذرة) الآية حتى يتعذر كفلس بين ألف وقواه المنار.

(٢) **قوله** : ـ وهذا بناء على أن الوارث ليس بخليفة ، أقول : في هذا البناء تأمل ، وأما قوله وتحقيقه فهو تحقيق صحيح وجهه واضح .

ليس بخليفة ﴿ **وكذلك** ﴾ يصير للمصالح ﴿ **هو** ﴾ أي عوض الغصب ﴿ **أو العين** ﴾ المغصوبة أيضاً ﴿ **باليأس عن معرفة المالك أو** ﴾ اليأس عن ﴿ **انحصاره** ﴾ قال المصنف والوجه ظاهر .

قلت لا ظهور بل يصير مظلمة ولاية صرفها إلى الغاصب ورجح المصنف صحة أن يصرفها في نفسه أيضاً كما سيأتي وتحقيقه أن اليأس من معرفة المالك إن كان قد أبطل ملكه فقد رجعت الى الأباحة الأصلية كما يرغب عنه مالكه ومن صار في يده مباحاً فهو أحق به كما تقدم ، وإن لم يكن اليأس أبطل ملك المالك كانت في يد الغاصب كاللقطة مضمونة عند معرفة المالك فكيف يصير المضمون للغير لبيت المال وقد قال الناصر والشافعي في اللقطة يملكها الملتقط باليأس من معرفة المالك أيضاً ولأنه بضمانه استحق خراجها ، فكيف يجب عليه ترك حقه لبيت المال ﴿ **وحينئذٍ** ﴾ أي حين أن يصير للمصالح ﴿ **تعدد القيمة بتعدد المتصرف** ﴾ فيها فيجب على كل واحد قيمة مستقلة وقال المؤيد الواجب قيمة واحدة وأجاب المصنف بأن دفع القيمة حينئذ ليس معاوضة بل كفارة ودفعاً للاثم كما تعدد قيمة صيد قتلة جماعة في الحرم .

وأجيب [١] بأن المعصية متحققة مع معرفة المالك ولم يجب إلا قيمة واحدة اتفاقاً فالعلة منقوضة ، وأيضاً كفارة قتل الصيد يشترط فيها العمد كما تقدم بخلاف ضمان المغصوب فليس بشرط على رأي غير أبي مضر كما تقدم ، وأما إيجاب تعدد القيمة ﴿ **وإن بقيت العين** ﴾ فتهور في التضمين منعه أبو مضر وغيره ﴿**و**﴾ متى صار المغصوب مظلمة كانت ﴿ **ولاية الصرف** ﴾ لها ﴿ **إلى الغاصب** ﴾ وقال الناصر والمنصور وقول للمؤ يد بل إلى الأمام احتج المصنف بأنها وجبت لسبب منه فأشبهت النذر بخلاف نحو الزكاة وهو تهافت لأن الزكاة ونحوها أيضاً مما يثبت بسبب منه وهو جمع النصاب وتبقيته إلى الحول والحق في الجواب ما قدمناه لك من أن المضمون لغير بيت المال لا يصير له فلا ولاية للأمام على التصرف فيه بخلاف نحو الزكاة فانه أمانة ، ولو صار في بعض الأحوال ضمانة فهو مضمون لمن للأمام ولاية التصرف في حقه ، وأما أن للأمام التضمين فمعناه إلزام من عليه ضمانة التخلص منها وإن كان فيه بحث سيأتي حاصله أن إكراه الأمام إنما يجوز على الأحكام القطعية ، والمسألة هنا ظنية خلافية كما سيأتي

---

(١) **قوله** : ـ وأجيب بأن المعصية متحققة أقول هذا نقض لازم وفي المنار يقال وما الدليل أن لذلك كفارة غير العوض وما أبعد هذا القول وأنَّى يوجد لهذه الدعوى دليل . ولله جزيل الحمد .

قريباً إن شاء الله تعالى بل رجح المصنف صحة صرف الغاصب للمظلمة في نفسه فكيف يكره على خلاف ما هو جائز له ﴿و﴾ الغاصب ﴿ **لا يصرف** ﴾ من المظالم شيئاً ﴿ **فيمن تلزمه نفقته إلاّ العين** ﴾ المظلمة إذا كانت باقية وفرقوا بينها وبين قيمتها بأن القيمة وجبت عليه عن حق في ماله كالزكاة بخلاف العين ومنع المصنف هذا الفرق فيما إذا تلفت العين عنده بعد مصيرها للمصالح لأن مصرف البدل مصرف المبدل **قلت** وكذا قبل مصيرها للمصالح لاستحقاق المصالح القيمة معاوضة لا صدقة كالزكاة على أن في منع صرف الرجل زكاته فيمن تلزمه نفقته ما قدمنا من الكلام في الزكاة ، ﴿و﴾ أما صرف العين ﴿ **في نفسه** ﴾ ففيه ﴿ **خلاف** ﴾ بين أهل المذهب ، قال المصنف الأقرب الجواز كالوكيل المفوض ﴿ **ولا يجزي** ﴾ ، إخراج ﴿ **القيمة عن العين** ﴾ القيمية مع بقائها ﴿ **ولا العرض عن النقد** ﴾ والمثلى مطلقاً خلافاً للمؤيد في الطرفين ﴿ **وتفتقر** ﴾ صرف القيمة ﴿ **إلى النية** ﴾ عن المظلمة لئلا تكون تبرعاً للفقير ﴿**لا**﴾ صرف ﴿ **العين** ﴾ فلا يفتقر الى نية لأنها ليست ماله فيتبرع به ﴿ **وإذا غاب مالكها بقيت حتى اليأس** ﴾ من رجوعه ﴿ **ثم** ﴾ يجب تسليمها ﴿ **للوارث ثم** ﴾ إن لم يكن وارث سلمها ﴿ **للفقراء أو المصالح** ﴾ وقال أبو حنيفة إلى الفقراء فقط لأن مال المصالح هو ما أخذ بقوة الاسلام ، وقال أصحاب الشافعي للمصالح فقط لأن حق الفقراء شرع للمواساة .

وأجيب بمنع انحصار مال المصالح فيما أخذ بالقوة ومنع كون سد خلة فقراء المسلمين غير ﴿ **فإن عاد** ﴾ المالك رد الغاصب ما كان باقياً و ﴿ **غرم التالف** ﴾ في يد الفقراء من كان هو ﴿ **الدافع** ﴾ إليهم إن كان المدفوع هو ﴿ **العوض** ﴾ لا لو كان المدفوع هو العين فلا ضمان عليه ، بل على الفقراء ردها أو قيمتها لا على الصارف ووجه الفرق أن صرفه القيمة إخراج عن حق عليه فكان صرفاً من أهله صادف في محله بخلاف صرفه العين فصرفها كالموقوف ، وهذا التفصيل إنما هو اذا وقع الصرف ﴿ **إلى الفقراء لا** ﴾ إذا وقع ﴿ **إلى الأمام أو الحاكم فبيت المال** ﴾ يرد للصارف القيمة وللمالك العين ﴿ **وإن التبس** ﴾ المالك بمتعددين وحصل اليأس من تميزه أيضاً فان كان من التبس به ﴿ **منحصراً قسمت** ﴾ العين بين المتعددين ﴿ **كما مر** ﴾ في مسألة الخلط على التفصيل الماضي وفيه نظر لأن القيمة في مسألة الخلط انما ساغت للعلم بأن لكل واحد نصيباً في المختلط ، وأما هنا فالعين لواحد فقط ولا يستحق غيره شيئاً ، فالحق أن ذلك من جهل المالك فيصير للمصالح ﴿ **ولا يسقط بالاسلام بعد الردة ما يجامع الكفر** ﴾ من الحقوق المالية والذي بجامع الكفر هو ما لم يكن

قربة . وإنما هو ضمان قيل وكذا يسقط ما هو ضمان لله تعالى وإن جامع الكفر ، وقال المنصور إذا صار المرتد ذا شوكة ملك ما في ذمته من ضمان أو غيره كما يملك ما استولى عليه وقواه المصنف وسيأتي تحقيق المسألة في السير إن شاء الله تعالى ﴿و﴾ الظالم ﴿ **لا يضمن ما منع عنه مالكه بالزجر** ﴾ له والوعيد ﴿ **ما لم يثبت** ﴾ الزاجر ﴿ **اليد** ﴾ على ملك المزجور ﴿و﴾ أما إذا أمر رجل آخر أن يغصب حق الغير فانه ﴿ **يضمن آمر الضعيف** ﴾ إذا كان الآمر ﴿ **قويا** ﴾ أي قادراً على الضعيف ومعنى ضمان الآمر ﴿و﴾ إن كان ﴿ **القرار** ﴾ في الضمان ﴿ **على المأمور** ﴾ أن للمالك مطالبة الآمر وإن رجع هو على المأمور لأن المأمور هو المستهلك، وقال الفريقان وقول للمؤيد لا يضمن الآمر لأن الخلاف فيما إذا لم يكن هناك إكراه وإلا صار المأمور كالآلة لا يختلف في تضمين الأمر حينئذ .

قلت الخلاف في الحقيقة في قدر الخوف الذي يسوغ للمأمور الفعل وليس على خصوص مقدار منه دليل .

فهرس الجزء الثالث من ضوء النهار

كتاب النكاح

كتاب الطلاق

كتاب البيع

كتاب الشفعة

كتاب الأجارة

كتاب الشركة

كتاب الرهن

كتاب العارية

كتاب الوقف

كتاب الوديعة

كتاب الغصب



